

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER. FACULTÉ DE DROIT

DE LA LIBERTÉ
DE
L'ACTE JURIDIQUE
ET SES LIMITES

THÈSE

POUR LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

Présentée et soutenue

PAR

Maurice MASSERAN

Juge suppléant rétribué au Tribunal civil d'Auranches

Lauréat de la Faculté de Droit

Prix de la ville de Montpellier (1899)

[Thèse Montpellier]

NIMES

IMPRIMERIE COOPÉRATIVE « LA LABORIEUSE »

7, Rue J.-B.-A. Godin

1904

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. VIGIÉ, Doyen, professeur de Droit civil, chargé du cours d'Enregistrement.

BRÉMOND, Assesseur, professeur de Droit administratif.

GIDE, professeur d'Économie politique, en congé.

GLAIZE, professeur de Procédure civile, chargé des cours de Voies d'exécution et de Législation financière.

LABORDE, professeur de Droit criminel, chargé du cours de Législation et Economie industrielles.

CHARMONT, professeur de Droit civil.

CHAUSSE, professeur de Droit romain.

MEYNIAL, professeur d'Histoire du Droit.

BARDE, professeur de Droit constitutionnel.

VALÉRY, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.

DECLAREUIL, professeur de Droit romain, chargé du cours d'Histoire du Droit public français.

MARGAT, professeur de Droit civil.

PERREAU, professeur de Droit civil approfondi.

MOYE, professeur de Droit international public.

RIST, professeur-adjoint, chargé d'un cours d'Économie politique et du cours d'Histoire des doctrines économiques.

PORTE, agrégé, chargé d'un cours d'Économie politique.

GRANGÉ, secrétaire.

LAURENS, professeur honoraire.

GIRAUD, secrétaire honoraire.

MEMBRES DU JURY :

MM. CHAUSSE, *président*.

MEYNIAL,	{	<i>assesseurs.</i>
BARDE,		

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER. FACULTÉ DE DROIT

DE LA LIBERTÉ
DE
L'ACTE JURIDIQUE
ET SES LIMITES

THÈSE

POUR LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

Présenté et soutenue

PAR

Maurice MASSERAN

Juge suppléant rétribué au Tribunal civil d'Auranches

Lauréat de la Faculté de Droit

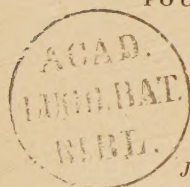
Prix de la ville de Montpellier (1899)

NIMES

IMPRIMERIE COOPÉRATIVE « LA LABORIEUSE »

7, Rue J.-B.-A. Godin

1904





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555621_0011

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

AUX MIENS

A MES AMIS

DE LA LIBERTÉ DE L'ACTE JURIDIQUE

ET SES LIMITES

INTRODUCTION

L'étude du droit civil français, postérieur à sa codification, nous montre l'extension progressive de la notion d'ordre public.

Notre code civil, produit de la Révolution, faisait, en dépit de l'esprit de modération dont il était animé, la plus large place à la volonté individuelle. Non seulement on avait tendance à considérer celle-ci comme la seule source du droit (1), mais encore dans

(1) Ainsi, en matière de délit civil (*largo sensu*), l'imputabilité, c'est-à-dire la possibilité d'exercer sa faculté de vouloir quant au fait qui est la cause du dommage, est une condition nécessaire de l'existence de la faute. La jurisprudence essaie aujourd'hui de réagir contre ce principe traditionnel et d'accorder une indemnité même dans le cas où le préjudice a été causé par une personne irresponsable. (CHARMONT : *La socialisation du droit*, dans la *Revue de métaphysique et de morale*, 1903). C'est ainsi que le principe de causalité tend à remplacer l'idée d'imputabilité. (Cf. SALEILLES, *Théorie générale de l'obligation*, p. 376, note 1). Cette ten-

les cas où il apparaissait que, dans un intérêt social d'ordre public évident, cette liberté devait être restreinte, on ne se décidait qu'à regret à lui porter atteinte. Par là s'expliquent des solutions aujourd'hui unanimement condamnées, et qui ne surprisent personne, telles que, dans le droit de famille, l'institution du divorce par consentement mutuel (1), l'excessivité du droit de puissance paternelle (2) ; dans le droit des biens, le transfert de la propriété par acte à titre onéreux au regard des tiers par le seul effet du consentement des parties contractantes (3), l'absolutisme du droit de propriété (4) ; dans le droit des

dance se fait jour dans la loi : la loi du 9 avril 1898, en matière d'accidents du travail, qui a établi le risque professionnel, ne procède pas d'une autre idée.

(1) On explique l'introduction dans le Code de cette institution, empruntée au droit intermédiaire, (loi du 20 septembre 1792) par l'intervention personnelle de Bonaparte qui aurait entendu se ménager par là la possibilité d'un divorce avec Joséphine. Sans nier l'influence du Premier Consul, il nous paraît bien que si le divorce par consentement mutuel eût été contraire à l'esprit et aux tendances de l'époque, il n'eût pas été accepté par le Corps Législatif, ni adopté par les législations voisines (la Belgique, la Roumanie, l'ont encore conservé). D'autre part, si cette institution tomba rapidement en désuétude chez nous, cela tient aux difficultés nombreuses dont elle était entourée (les époux devaient, par exemple, abandonner en nue-propriété à leurs enfants la moitié de leur fortune).

(2) Le droit de puissance paternelle établi par le Code a subi une atténuation progressive du fait de la loi et des tribunaux. Cpr. loi du 24 juillet 1889 et l'extension du droit de contrôle des tribunaux. (Voir sur ce point les jugements et arrêts cités par Planiol, *Droit civil*, 1^{re} éd., t. I, p. 802).

(3) V. la loi du 23 mars 1855 qui reprend le système de la loi du XI brumaire an VII, maladroitement abandonné par le Code. Pour les donations, l'art. 939 C. Civ. réalisait déjà une protection suffisante.

(4) La jurisprudence a corrigé aujourd'hui les abus auxquels conduisait ce système par la théorie de l'abus du droit.

contrats, l'indépendance absolue du patron vis-à-vis de l'ouvrier, qu'il peut congédier sans que celui-ci ait le droit de se plaindre, et réciproquement (1), etc.

Cet excès de libéralisme amena une réaction, dont la nécessité apparut, avant même que le principe fût condamné, ou que l'on songeât à révoquer en doute sa légitimité.

Sous la poussée des idées de solidarité, de crédit public, de protection des faibles, bref, dans un intérêt social, l'autonomie de la volonté se restreint de plus en plus depuis le Code. Des actes jusque là permis au nom du principe supérieur de liberté sont prohibés, des incriminations nouvelles apparaissent. On s'est aperçu que le libéralisme, produit de la Révolution, peut conduire à des erreurs s'il est poussé dans l'application jusqu'à ses extrêmes limites, et que, d'autre part, il est susceptible de se retourner contre lui-même s'il est manié par des gens qui n'hésitent pas à s'en servir comme d'une arme contre leurs semblables, au profit de leurs intérêts personnels. (2)

De là, la réaction que nous avons signalée, qui tend à restreindre de plus en plus le champ de la liberté individuelle. C'est la manifestation de l'esprit

(1) Cf. « Théorie de l'abus du droit ». Sur cette théorie que le cadre restreint de cette étude empêche de prendre place ici, cf. PLANIOL, op. cit., t. II, 2^e éd., n^o 271 ; CHARMONT : « L'abus du droit », dans la *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1902, p. 113 et suivantes). Voir également ce qui sera dit plus loin au sujet des lois du 27 décembre 1890, 18 juillet 1901, etc.

(2) Le libéralisme paraît aujourd'hui subir une véritable crise, aussi bien dans l'ordre économique que dans l'ordre philosophique ou social. Voir à ce sujet le mouvement d'idées auquel a donné naissance le bel article de M. BOUCLÉ, dans la *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1902, « La crise du libéralisme ».

socialiste, qui vient de trouver sa consécration dans l'art. 138 du nouveau Code Civil allemand.

Ainsi l'idée nouvelle corrige la pensée libérale, le socialisme complète l'œuvre de la Révolution.

C'est cette tendance, essentiellement contemporaine, restrictive de la liberté individuelle, que nous nous proposons d'étudier, en droit français, dans le domaine des contrats.

Elle se manifeste à la fois dans la loi et dans la jurisprudence.

Comme exemple des principales lois réalisant cette tendance, on peut citer la loi restrictive du taux de l'intérêt (loi du 3 septembre 1807), la loi du 12 mars 1900, sur les ventes à tempérament, protectrice de la petite épargne ; mais principalement il convient de citer les lois relatives aux rapports entre patrons et ouvriers, qui sont de beaucoup les plus nombreuses et les plus importantes (loi du 12 juillet 1880, sur le repos hebdomadaire, loi du 17 décembre 1890, sur le louage de services, loi du 2 novembre 1892, complétée par la loi du 30 mars 1900, sur la réglementation du travail dans l'industrie, loi du 12 janvier 1895, relative à la saisie-arrêt sur les salaires ou petits traitements des ouvriers ou employés, qui prohibe également le *truck system*, procédé du troc ou de la compensation (art. 4), loi du 9 avril 1898 complétée par la loi du 30 mars 1902, sur les accidents du travail, loi du 18 juillet 1901, garantissant leur travail et leur emploi aux réservistes et aux territoriaux appelés à faire leur période d'instruction militaire, etc...) Toutes ces lois sont restrictives de la liberté indivi-

duelle de contracter. Par elles, la légalité s'imprègne de socialisme. (1)

La jurisprudence s'associe à cette œuvre du législateur. Exagérant sa mission de contrôle sur les actes privés qui lui sont soumis, elle tend de plus en plus à l'application pratique des règles de meilleure justice, qui sont aujourd'hui, pour certains tribunaux, une passion supérieure à celle de la loi. Ainsi l'équité brise le cadre étroit du droit civil où elle était enfermée, au même titre que la moralité, le souci du crédit public, du respect dû à la loi. Sans doute, la formule de l'ordre public, prise exclusivement dans la loi, est gênante, et les tribunaux sont ici forcés de suivre la marche du législateur. Mais ils prennent leur revanche avec les bonnes mœurs, dont la conception de pur fait, essentiellement vague et élastique, laissée à leur appréciation souveraine, favorise leurs tentatives d'immixtion dans le domaine de la liberté individuelle. On verra les procédés nombreux (confusion de la cause et des motifs, de la cause et de la

(1) A côté de ces lois restrictives de la liberté, l'étude de la période signalée nous révèle un certain nombre d'autres lois qui sont, à proprement parler, libérales. Mais il convient de remarquer qu'elles accordent des droits à l'individu dans l'ordre collectif. Ainsi, la loi du 21 mai 1884, sur les syndicats professionnels ; de même la loi du 25 mai 1864, qui est venue supprimer le délit de coalition, et par là autoriser le droit de grève. Ces lois proprement libérales complètent la pensée socialiste de protection réalisée par les lois citées au texte. L'une et l'autre catégories de lois forment un groupe complet, dont chacun sert au développement de l'autre : c'est ainsi que les droits nouveaux accordés à l'ouvrier dans l'ordre collectif (Grèves, Syndicats, etc...) lui permettent de mieux affirmer ses prétentions aux droits nés ou à naître dans l'ordre individuel, (limitation de la journée de travail, fixation d'un minimum de salaires, suppression des règlements d'atelier, etc...)

condition, de l'acte gratuit et de l'acte onéreux), par lesquels ce pouvoir de contrôle des tribunaux s'est agrandi. Ces extensions sont, la plupart du temps, illégales et arbitraires. Du moins, elles obéissent à un sentiment impérieux d'équité et sont, le plus souvent, conformes à la conscience publique.

Telle est la double évolution législative et jurisprudentielle que nous nous proposons d'étudier. Pour la comprendre et l'apprécier, il convient de nous demander de quel point de départ elle est partie : cela nécessite l'étude du système du code civil relativement à l'autonomie de la volonté individuelle. Nous aborderons ensuite l'examen de la loi et de la jurisprudence. Nous assisterons à la précision de cette évolution dans le droit allemand (art. 138 du nouveau C. civ.), nous verrons ses dangers et nous efforcerons d'en trouver le remède.

PREMIÈRE PARTIE

Le système du Code civil

CHAPITRE PREMIER

DU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ ET DE SES RESTRICTIONS

Le droit moderne de toutes les nations civilisées admet le principe de la liberté juridique (1). On entend par là la faculté légale accordée aux particuliers de faire tous les actes susceptibles de produire un effet juridique quelconque, comme tester, conclure une vente, régler le mode de leurs funérailles, etc.. Le principe est même reconnu comme de droit naturel, c'est-à-dire comme résultant du fait seul de l'existence de l'homme et de l'exercice de ses facultés.

(1) V. GÁNY, « Méthode d'interprétation en droit privé positif », n° 171, p. 524 et suiv., et les auteurs qu'il cite en note.

En France, le principe de la liberté juridique n'est posé expressément nulle part : mais il peut se déduire *a contrario* de l'article 6 du Code Civil ; en outre, de nombreux textes du Code Civil impliquent son existence (art. 544, 902, 1123, 1134, 1387, 1594, 1598 du C. Civ., etc.), Suppl. arg^t *a contrario* de l'art. 6 du Code Civil (1).

Bien que formulé par l'article 6 (*a contrario*) d'une façon particulière, relativement à la convention, ce principe est aussi général que possible ; il s'applique à toute espèce d'actes juridiques (2), ainsi aux testaments, aux transferts (si l'on fait toutefois abstraction, pour ces derniers, de l'acte volontaire contractuel auquel ils se trouvent, dans notre droit français, intimement liés).

Il convient d'observer, d'ailleurs, que ce principe s'applique non seulement aux actes définis et réglementés par le Code, mais à toute manifestation de volonté, quelle que soit la forme que puisse lui donner la liberté individuelle. Ainsi en matière de régime matrimoniaux (art. 1387 C. Civ.).

Toutefois, le principe de l'autonomie de la volonté n'est pas absolu. Il comporte certaines réserves. C'est même par ce caractère qu'il est intéressant ; sans quoi, il suffirait d'en poser le principe pour en épuiser l'étude. Ces réserves sont formulées par l'article 6 du Code Civil qu'il convient à présent d'étudier (3).

(1) Cf. La « Déclaration des Droits de l'homme (art. 4).

(2) Sic. PROUDHON, « Etat des personnes. Observations p. 108.

(3) Nous serions amenés ici à étudier la question du formalisme et celle de la théorie unilatérale de la volonté. Elles intéressent le principe de la volonté individuelle, en ce que la première subordonne l'autonomie de la volonté à des conditions de forme essen-

SECTION I

POSITION DE LA QUESTION EN GÉNÉRAL

Aux termes de l'article 6 du Code Civil, « on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

Avant d'étudier la conception de l'ordre public et des bonnes mœurs, il convient de préciser la portée de la question.

I. — Une première limitation s'impose. Il ne faut pas considérer comme une restriction au principe de la liberté individuelle, indépendante de l'ordre public et des bonnes mœurs, le respect de la liberté d'autrui. La Déclaration des Droits de l'Homme dit bien, dans son article 4, que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui », mais le respect de la liberté d'autrui ne saurait être regardé comme une limitation de la liberté individuelle, car il fait partie de son essence. En effet, il n'y a pas de liberté sans réserves ; la liberté sans frein devient la

tielles, et que la deuxième prétend, au contraire, lui faire produire effet par elle-même, indépendamment de toute acceptation du co-contractant. Mais il nous a paru que l'examen de ces questions dépasserait le cadre de cette étude, se trouvant plutôt en marge du sujet traité. (Voir sur ces deux questions les auteurs en général et principalement sur la question de la volonté unilatérale : SALEILLES, « Théorie de l'obligation, d'après le projet du C. C. allemand, n° 138 et 141 et suiv. ; RENÉ WORMS, « De la volonté unilatérale », thèse, Paris, 1891 ; PLANIOL, « Précis », t. 2, n° 831 et suiv.].

licence, qui est la négation même de la liberté. Mais si le respect du droit d'autrui est ainsi compris dans la notion de liberté, s'il fait partie de ses éléments intrinsèques, il ne peut en constituer la limite, c'est-à-dire une chose extérieure à elle. (1)

II. — Il faut écarter d'autre part la doctrine qui fait de la prohibition de la loi une limitation de l'autonomie individuelle indépendante de l'ordre public et des bonnes mœurs. Cette doctrine trouve son fondement dans l'art. 1133 du Code Civil, qui déclare que la cause est illicite, « quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. »

Selon M. Alglave, (2) le législateur a entendu viser par ces mots « prohibition de la loi » certains cas de renonciation non autorisée qu'il est difficile de faire rentrer dans l'ordre public. Telle est, par exemple, la prohibition faite au mineur de renoncer à l'action en rescision, la prohibition de la renonciation à l'action en nullité d'une convention pour cause de

(1) En ce sens, ZACHARIÆ. De même, dans le droit de la propriété, les servitudes légales ne sont point considérées comme une restriction de la propriété, c'est-à-dire de véritables servitudes, mais comme le droit commun de la propriété, la condition intrinsèque sans laquelle elle ne serait pas, ou serait autre. (En ce sens, BAUDRY-LACAUTINERIE, « Précis de droit civil, Servitudes »). De même, la théorie de l'abus du droit, si l'on admet du moins que tous les droits ne sont pas absolus, mais relatifs, c'est-à-dire limités, ne constitue point à proprement parler, une restriction du droit, car la notion du droit comprend en elle même l'exclusion de l'abus ; elle n'est qu'une meilleure analyse de sa notion. (V. PLANIOL, t. 2, 2^e éd., n° 871).

(2) AGLAVE : « Action du ministère public et théorie des droits d'ordre public en matière civile », 2 vol.

violence, tant que dure celle-ci (art. 1304 du C. Civ.), la prohibition de la renonciation par le vendeur, dans un contrat de vente d'immeuble, à l'action en rescision pour lésion de plus des sept douzièmes (art. 1674 C. Civ.), etc. Mais cette théorie paraît en contradiction avec le système élaboré par M. Alglave sur l'art. 6. Cet article décide que l'on ne peut renoncer aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Cela signifie, suivant M. Alglave, que la prohibition de renoncer est le critérium des lois ayant ce caractère ; si l'on applique ce critérium aux lois précitées, comme la renonciation y est interdite, il faudra en déduire nécessairement le caractère d'ordre public.

Nous préférons voir dans ces cas de renonciation prohibée une simple application du principe de l'art. 6. En d'autres termes, la prohibition de la loi se confond, pour nous, avec le caractère d'ordre public. Un intérêt social de premier ordre est, en effet, la seule considération qui puisse justifier la prohibition. Seulement, comme cet intérêt n'est pas toujours apparent, le législateur a voulu, pour éviter des difficultés pratiques, manifester dans certains cas son intention formelle de repousser toute dérogation par convention particulière (1). (ex. art. 530, 815, 1130, 1660, 1674 C. Civ.). Il ne faut point le blâmer de cette précaution qui n'est pas superflue, eu égard à la difficulté de la matière.

III. — Enfin sachons écarter comme essentiellement comprise dans l'ordre public et ne pouvant, par suite,

(1) En ce sens, MARCADÉ, « Droit Civil », t. I, n° 395.

constituer une restriction du principe de l'autonomie de la volonté indépendante de lui, l'idée du respect nécessaire de l'intérêt des tiers (1).

Ceci, observons-le, ne se confond point avec le respect du droit des tiers, que nous avons considéré plus haut comme faisant partie de l'essence même de la liberté. L'intérêt existe en dehors de tout droit, c'est-à-dire en l'absence de tout rapport juridique entre les tiers et les parties directement en cause. Le droit est, au contraire, la supposition même d'un rapport juridique. Comme exemple de dispositions législatives établies dans l'intérêt des tiers, on peut citer l'article 1328 du Code Civil, aux termes duquel l'acte sous seing privé ne fait foi de sa date au regard des tiers que du jour de l'enregistrement, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui l'ont souscrit, ou du jour où la substance en a été constatée dans des actes dressés par un officier public : de même, l'article 2134, aux termes duquel l'hypothèque n'a de validité au regard des tiers que par l'inscription qui en est prise. Il est évident que toutes conventions contraires seraient nulles.

Mais, dans tous les cas, il nous paraît inutile de faire appel au principe de l'intérêt des tiers, pour la justification des prohibitions légales. La conception de l'ordre public et des bonnes mœurs suffit amplement à cette tâche.

En définitive, la notion de l'ordre public et des bonnes mœurs demeure la seule réserve légale au principe de l'autonomie de la volonté individuelle.

(1) Cette confusion paraît avoir été commise dans AUBRY ET RAU, I, p. 117.

SECTION II

CONCEPTION DE L'ORDRE PUBLIC ET DES BONNES MŒURS

Faut-il distinguer l'ordre public et les bonnes mœurs ?

La question, pour nous, n'a pas grand intérêt, car, quelque distinction que l'on fasse, l'ordre public et les bonnes mœurs n'en présentent pas moins ce caractère commun, qu'ils constituent un obstacle à la liberté individuelle.

Mais la distinction importe au point de vue des sources de l'une et l'autre conception, ainsi que de la sanction attachée à la violation des règles qui les constituent.

Au point de vue des sources, l'on verra que l'ordre public se puise dans les conceptions législatives, au moyen des règles d'interprétation légale ; la notion des bonnes mœurs, au contraire, doit être recherchée par le juge dans l'observation des faits, avec la seule ressource de sa perspicacité. Toutefois, il est un point où les sources de l'une et l'autre conception deviennent identiques : c'est celui où, la loi étant muette ou douteuse, le juge doit, dans la recherche de l'ordre public, s'éclairer de ses conceptions personnelles. Accidentellement, on applique donc à l'ordre public les règles d'interprétation admises en matière de bonnes mœurs.

Au point de vue de la sanction applicable, la diffé-

rence paraît plus considérable. En effet, l'ordre public étant essentiellement constitué par la volonté législative, sa recherche implique nécessairement une interprétation de la loi. Par suite, la Cour de Cassation possède, en cette matière, un droit de contrôle. Ajoutons que ce contrôle est possible même dans les cas où, la pensée du législateur étant douteuse, le juge doit s'éclairer de ses lumières personnelles pour reconstituer l'ordre public ; car, même dans ce cas, il ne fait, légalement, qu'interpréter la loi, alors même que, sous couleur d'interprétation, il la créerait de toutes pièces. Dans toutes ces hypothèses, le contrôle de la Cour de Cassation est recevable.

Il en est autrement en matière de bonnes mœurs. Ici, l'appréciation des tribunaux et des cours, juges du fond, est souveraine. Car la conception des bonnes mœurs, étant essentiellement régie par la constatation des faits, constitue une question de fait. Le contrôle de la Cour de Cassation est donc, ici, légalement impossible. Il en serait, bien entendu, différemment, si les règles constitutives des bonnes mœurs étaient accidentellement l'objet d'une consécration législative ; car, dans ce cas, elles constitueraient à proprement parler l'ordre public. Mais, sous cette réserve, le principe est certain : les bonnes mœurs échappent au contrôle de la Cour de Cassation.

Il s'en faut de beaucoup que ces principes soient acceptés par la Cour suprême. Celle-ci se reconnaît le droit impérieux de contrôle des décisions des tribunaux au point de vue des bonnes mœurs, aussi bien que de l'ordre public. A vrai dire, même, la question ne se pose pas en jurisprudence. Toutes les décisions

rendues sur la matière accouplent l'ordre public et les bonnes mœurs, l'une de ces notions ne marche jamais sans l'autre. C'est là méconnaître évidemment la différence de leur origine (1).

Aussi, croyons-nous devoir, avec plusieurs auteurs, maintenir la distinction proposée, qui est d'ailleurs utile pour l'exposition de nos vues sur la matière.

§ I. DE L'ORDRE PUBLIC

On appelle ordre public l'ensemble des règles établies par le législateur, dans l'intérêt vital de la société. Telle est, en dépit des différences de rédaction, la définition que l'on retrouve à peu près identique chez tous les auteurs. Le principe n'est point contesté. Mais les difficultés pratiques apparaissent lorsqu'il s'agit d'en déterminer la portée et de dire quelles lois sont d'ordre public.

I. — *Recherches infructueuses d'un criterium absolu.* — M. Alglave (op. cit.) a essayé le premier de donner un critérium absolu des lois d'ordre public et de celles qui n'ont pas ce caractère. Il pose d'abord en principe que toutes les dispositions d'ordre privé sont susceptibles d'évaluation pécuniaire ; mais comme la règle inverse n'est point vraie absolument pour les dispositions d'ordre public et que certaines

(1) DALLOZ, Répertoire « V. Bonnes mœurs », légitime le pouvoir que la Cour de cassation s'arroge au point de vue du contrôle des bonnes mœurs, par la considération de l'importance de la matière et de la nécessité de l'unité de jurisprudence à ce sujet. Ce n'est pas là un argument juridique.

de ces dernières admettent le caractère de l'appréciable en argent, ce criterium n'est pas suffisamment certain et l'auteur est contraint de le rejeter. Ce qui ne l'empêche pas, cependant, de déclarer plus loin que si la possibilité d'évaluation pécuniaire n'est point un criterium juridique, elle crée néanmoins, au profit de la disposition qu'elle affecte, une présomption du caractère d'ordre privé, vraie jusqu'à preuve contraire ! Mais le savant auteur, malgré tout peu satisfait, cherche un autre criterium plus certain ; il n'adopte celui de la faculté de dérogation accordée aux particuliers que pour tomber dans un cercle vicieux, qui lui fait dire, à peu près : que les lois d'ordre public sont celles auxquelles les particuliers ne peuvent déroger ; mais que les lois auxquelles les particuliers ne peuvent déroger sont les lois d'ordre public (1).

La difficulté du problème n'a point découragé M. de Vareilles-Sommières (2) qui se met, à son tour, à la recherche d'un criterium absolu des lois d'ordre public et des lois d'ordre privé, et pose, pour le résoudre, les deux principes suivants, qui sont le contre-pied absolu de notre article 6 du Code civil : 1^o Toutes les lois sont d'ordre public : 2^o On peut renoncer à toutes les lois. Seulement, on s'aperçoit bientôt que, en attribuant le caractère d'ordre public à toutes les lois, l'honorable auteur a confondu les lois véritablement d'ordre public et les lois simplement d'intérêt

(1) Ce qui paraît *probable*, c'est que les lois auxquelles on ne peut déroger par convention particulière sont d'ordre public. Cette conclusion est la seule certaine, qui se puisse tirer de l'art. 6 C. civ.

(2) DE VAREILLES-SOMMIÈRES : « Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois », 1899.

public, qu'il convient de distinguer des précédentes (V. infra). Et, d'autre part, après avoir démontré qu'on ne peut renoncer à toutes les lois, l'auteur est obligé de reconnaître que, parmi les facultés consacrées au profit des particuliers par l'organisation juridique, quelques-unes seulement sont susceptibles de dérogation de leur part. Mais ce n'est là, comme l'a fort bien remarqué M. Gény (1), que « recourir à un vain échappatoire pour n'opérer qu'une transposition du problème ». Il importe peu que l'on ait à déterminer *quels sont les droits* consacrés par les lois dont il ne soit pas permis de se priver par renonciation volontaire, plutôt que de décider *quelles sont les lois* auxquelles on ne puisse se soustraire par dérogation volontaire : dans les deux cas, un problème se pose : quels sont ces droits, ou quelles sont ces lois ? Ce n'est pas le résoudre que préférer le premier énoncé au second.

Le problème est difficile et ne peut être résolu par la position d'un critérium certain. On peut toutefois essayer d'en dégager progressivement l'incertitude, et tel est le fruit qui nous paraît attaché aux observations suivantes, complétées par l'étude des caractères nécessaires de l'ordre public.

Première observation. — Il faut d'abord écarter le caractère impératif ou prohibitif de la loi comme critérium de l'ordre public. (V. Merlin. Rép. Vo. Nullité, tome ix, p. 643, et Dumoulin), car la rédaction des lois peut seule révéler ce caractère. Or, les lois,

(1) GÉNY, « Méthode d'interprétation », p. 548 et suiv.

même simplement permissives, ont en général une forme absolue, autoritaire (ex. art. 64, 65, 170, 228, C. Civ.). Le critérium de la forme pourrait donc conduire à considérer comme d'ordre public des dispositions de pur ordre privé.

Mais si la forme impérative ou prohibitive d'une loi ne peut jamais permettre de la ranger sûrement dans l'ordre public, à l'inverse, sa forme permissive autorise de la classer, sans danger d'erreur, dans l'ordre privé. Car le législateur ne peut autoriser la dérogation à une loi qu'il juge essentielle au bon ordre et à la paix publique.

Deuxième observation. — En outre, la notion d'ordre public ne doit pas être confondue avec celle d'intérêt public. Sans doute, toutes les lois sont portées dans un intérêt public. Mais il ne suit pas de là qu'elles aient toutes un caractère de nécessité tel que le législateur doive les placer au-dessus de la volonté individuelle. Ce caractère n'est l'apanage que d'un petit nombre de lois. Pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'il s'agisse d'une disposition absolument nécessaire à la sûreté et à la conservation de l'Etat. C'est seulement ce caractère une fois établi, que le juge pourra décider que la volonté particulière est prohibée.

II. — *Caractères de l'ordre public et règles d'interprétation qui en découlent.* — Les caractères de l'ordre public sont au nombre de trois. L'ordre public est exceptionnel, double et actuel.

1^o) *Caractère exceptionnel de l'ordre public*

L'ordre public, en droit civil, suspendant l'application des principes ordinaires pour y substituer, d'une façon absolue, l'intangibilité des dispositions législatives, est exceptionnel, et, par suite, doit être interprété restrictivement.

Il résulte de là que l'ordre public ne peut être invoqué en dehors des cas où l'application absolue de la volonté individuelle aurait pour résultat de contrarier les règles inspirées au législateur par le souci de la conservation de l'Etat. Il va de soi que le juge ne pourrait étendre l'ordre public au-delà des limites fixées par un texte formel ; mais, à défaut de texte, l'interprétation de la pensée du législateur devrait lui imposer la même barrière.

A l'inverse, lorsque la notion de l'ordre public, telle qu'elle découle de la loi ou de l'interprétation, est certaine, le juge ne saurait la méconnaître. Quels que soient à cet égard ses sentiments personnels, ils doivent s'incliner devant la volonté formelle du législateur. Ce point est certain, et il ne vaudrait même pas la peine d'être discuté si un auteur (1) n'avait soutenu que le juge peut faire prévaloir sur la loi ses sentiments personnels, lorsque, du moins, ceux-ci sont l'écho de la conscience juridique collective du pays. Mais c'est là une erreur : il faut appliquer la loi,

(1) M. LAURENT, opinion rapportée dans DESPAGNET : « L'ordre public au droit international privé », *Journal de droit international privé*, 1889, p. 5 et 207.

même en désaccord avec le courant général des idées adoptées par les peuples civilisés. Le système contraire ouvrirait la porte à l'arbitraire du juge le plus dangereux.

2). *Dualisme de l'ordre public*

La plupart des jurisconsultes modernes (1) distinguent deux ordres publics : l'ordre public national ou interne, qui comprend des règles impératives pour les nationaux seulement, et l'ordre public international, qui s'applique à la fois aux nationaux et aux étrangers (2).

Les deux conceptions procèdent sans doute d'un esprit identique, qui est le souci du législateur de sauvegarder les principes essentiels sur lesquels il fait reposer la constitution du pays; mais leur application est différente. C'est ainsi que toute règle d'ordre public international est en même temps

(1) DESPAGNET, *op. cit.*, BAUDRY-LACAUTINERIE et HOUQUES-FOURCADE. « Des personnes », T. I, § 265 à 285, et la plupart des auteurs qui ont écrit sur le droit international, BROCHER, WEISS, BEAUCHET, etc...

(2) Suivant M. DESPAGNET, *op. cit.*, cette distinction est faite dans le Code Civil qui oppose les lois intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs (art. 6 C. Civ.), — ce qui correspond à l'ordre public interne, — aux lois de police et de sûreté, (art. 3 al. 1 C. Civ.), — ce qui est l'ordre public international. Mais la distinction de ces deux ordres publics paraît avoir été étrangère à la préoccupation du législateur, qui semble n'avoir été amené à parler à deux reprises différentes de l'ordre public qu'au point de vue de la détermination des effets de la loi relativement au territoire auquel elle s'applique (art. 3 al. 1 C. Civ.), et aux personnes auxquelles elle s'impose. (Art. 6, C. Civ.). (Arg. de la rubrique du titre préliminaire).

d'ordre public interne ; mais, à l'inverse, toute règle d'ordre public interne n'est pas nécessairement d'ordre public international.

On classe généralement parmi les lois d'ordre public interne les lois sur l'état et la capacité des personnes, l'art. 1388 du Code Civil qui interdit de modifier par contrat de mariage la puissance maritale ou paternelle, la tutelle, etc.

Mais quelquefois le départ des deux ordres publics est difficile à faire, le jurisconsulte se trouve embarrassé quant à la détermination de leur champ d'application respectif. C'est ainsi que l'on peut hésiter sur le caractère du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1394 et 1395 C. Civ.). Ce principe est-il d'ordre public interne ou d'ordre public international ? S'applique-t-il seulement aux nationaux ou à la fois aux nationaux et aux étrangers ? Il faut, avec M. de Savigny, distinguer suivant qu'il s'agit d'une disposition visant seulement les personnes, ou d'une règle touchant aux intérêts essentiels de l'Etat. Dans le premier cas, c'est une règle d'ordre public interne, dans le deuxième d'ordre public international. Si l'on fait application de ce principe aux articles 1394 et 1395, on décidera qu'ils ont l'un ou l'autre caractère, suivant que l'on considérera que leur but est d'éviter, pendant le mariage, les abus d'influence de l'un des époux sur l'autre, ou de sauvegarder l'intérêt des tiers.

A l'inverse, font généralement partie de l'ordre public international les lois pénales. Quelques auteurs limitent même là cet ordre public. Mais il est peu juridique de subordonner ainsi le point de vue civil

au point de vue pénal, et il faut admettre que l'intérêt vital de l'Etat, raison d'être de l'ordre public, peut-être engagé autrement que par la violation de la loi répressive (1). Bien plus, les lois pénales ne sont pas nécessairement d'ordre public international, et il en est ainsi non seulement de celles qui supposent la qualité de Français (amendes aux jurés, aux délégués sénatoriaux, etc...), mais en outre, comme M. Despaguet (op. cit.) l'a justement fait observer, de toutes celles dont, malgré la sanction pénale, le caractère d'ordre public international reste douteux, et ne peut être résolu qu'en étudiant quel a été le but de la loi : protection de la personne ou des intérêts vitaux de l'Etat (ainsi la loi du 28 Mars 1882, sur l'instruction primaire obligatoire).

Il n'y a donc pas concordance entre le caractère d'ordre public international et le caractère pénal des lois. Tel est un premier principe certain.

Mais il est difficile de dégager davantage l'incertitude du problème. (2)

(1) C'est ainsi que l'on reconnaît que les art. 686, 1133 C. Civ. sont d'ordre public international.

(2) La distinction des deux ordres publics que nous avons adoptée est niée par certains auteurs. (PILLET : « De l'ordre public en droit national privé », *Journal de Droit International privé*, 1889, p. 27 et suiv. ; CAPITANT : « Introduction à l'Etude du Droit Civil », chap. I, p. 20 et suiv.) — Suivant M. PILLET, il n'existe qu'un seul ordre public, qui est essentiellement national : c'est l'ordre public territorial, qui s'applique aux étrangers aussi bien qu'aux nationaux. Quant aux lois que le système classique range dans l'ordre public national, ce ne sont nullement des lois d'ordre public, ce sont de simples lois de protection nationale. En effet, les véritables lois d'ordre public présentent ce caractère tant au point de vue de leur organisation particulière qu'à celui de leur principe : or, les lois de protection nationale, faussement qualifiées d'ordre public national, ne sont d'ordre public que dans leur principe ; par là

3°. — *Caractère actuel de l'ordre public.*

Ce caractère s'entend de ce que l'ordre public, que doivent respecter les particuliers dans leurs conventions, est celui en vigueur au moment où leurs actes doivent sortir à effet, c'est-à-dire à l'époque du débat auquel ils donnent lieu.

De là il résulte que la loi d'ordre public a un caractère rétroactif, qui s'impose au juge dans ses décisions.

Ainsi la loi du 30 octobre 1886, sur l'enseignement, a interdit aux communes d'entretenir à leurs frais ou de subventionner des écoles congréganistes (art. 17). Il en est résulté que toutes les libéralités faites aux communes sous condition d'enseignement confessionnel étaient entachées de nullité, ou, plus précisément, que, par application de l'art. 900 du Code Civil qui régit la matière, la condition devait seule être réputée non écrite, la libéralité sortant, par ailleurs, son plein et entier effet (1). On pouvait penser

elles échappent au véritable caractère de lois d'ordre public. Il en est ainsi notamment des lois sur la capacité des personnes. Et l'auteur tire en ce sens argument des déclarations de PORTALIS aux travaux préparatoires et de l'art. 83 C. P. Civ. Mais ces raisons sont facilement réfutables. Au surplus, le système proposé se fonde dans l'arbitraire, car M. Pillet, qui refuse le caractère d'ordre public aux lois sur la capacité, l'accorde sans raison plausible aux lois sur l'Etat, et d'autre part, il ne peut persister dans sa distinction entre le principe de la loi et son organisation (c'est ainsi qu'il reconnaît que les lois sur le travail des femmes et des enfants employés dans les ateliers, les lois sur l'instruction primaire obligatoire, sont à tous les points de vue d'ordre public).

(1) L'art. 19 de la loi donnait aux intéressés un délai de deux ans pour agir. Sans cette disposition, le délai eût été, comme en droit commun, de 30 ans. (art. 2262 C. Civ.)

que ces conséquences étaient regrettables pour les familles, à qui elles enlevaient tout espoir de rentrer en possession des biens donnés, sans que leurs vœux fussent respectés. Tel fut du moins l'avis de la jurisprudence, qui remédia à cet inconvénient en faisant à la matière une large application de la théorie de la cause impulsive et déterminante, dont il sera parlé ultérieurement.

III. — *Quelles sont les principales lois d'ordre public? (1).* — Ce caractère d'ordre public appartient d'abord et nécessairement à toutes les lois de droit public, c'est-à-dire à celles qui règlent les organisations et les attributions des différents pouvoirs et de leurs agents, ainsi que les obligations et les droits des particuliers en matière politique, élections, impôts, service militaire, etc... Toutes ces lois sont au-dessus des conventions particulières.

Mais le caractère d'ordre public appartient en outre à une foule de lois de droit privé : ce sont celles qui concernent l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la propriété, principalement de la propriété foncière, la protection des tiers (2).

(1) On comprendra que nous ne puissions passer en revue toutes les lois d'ordre public ; le problème est vaste et dépasserait de beaucoup le cadre de cette étude. Nous nous bornerons à indiquer quelques idées générales.

(2) On dit quelquefois que les lois relatives aux contrats ne sont pas d'ordre public, la loi n'ayant posé à cet égard que des règles interprétatives ou supplétives, que les parties peuvent écarter ou modifier par leurs conventions privées. Cela est exact ; mais, comme le fait justement remarquer M. PLANIOL, (*Précis*, t. I, 1^{re} éd., n° 273, note), le contrat n'a pas, par lui-même, de caractère propre au point de vue des règles de l'ordre public, qu'il peut respecter ou

1^o *État et capacité des personnes.* — Toutes les règles qui touchent à l'état et à la capacité des personnes sont d'ordre public. Elles ne peuvent pas, par conséquent, être modifiées par des conventions contraires. C'est ce que l'on exprime par cet adage : l'état des personnes n'est pas dans le commerce.

Certains auteurs observent toutefois qu'il existe quatre conventions modificatives de l'état des personnes : 1^o le mariage ; 2^o le contrat de mariage ; 3^o le rétablissement conventionnel du contrat de mariage dissous par une séparation de corps et de biens ; 4^o l'adoption. Mais ceci n'a que la portée d'une simple remarque, car il est bien évident que les cas signalés d'intervention de la volonté individuelle ne sauraient être étendus, et, d'autre part, ces conventions modificatives de l'état des personnes étant autorisées par la loi, ne constituent point une exception au principe qu'on ne peut déroger aux lois sur l'état et la capacité.

2^o *Organisation de la propriété.* — A cet ordre d'idées se rattachent le principe que nul n'est tenu de rester dans l'indivision (art. 815 C. Civ.), la prohibition des substitutions (art. 896 C. Civ.), des servitudes établies sur la personne ou au profit de la personne (art. 637 et suiv. C. Civ.), etc...

Le caractère d'ordre public de ces dispositions s'explique par le lien existant entre l'organisation foncière et l'organisation sociale d'un pays. De cette

violer. Il n'est que *l'instrument* par lequel la violation de l'ordre public se réalise. Mais un instrument combien fréquemment employé ! A tel point même qu'on n'imagine pas l'ordre public intéressé en dehors de l'hypothèse d'un contrat.

idée la féodalité était un exemple frappant : elle établissait une hiérarchie entre les personnes, d'après la hiérarchie existant entre les terres. Le Code Civil n'a pas voulu permettre à cette organisation de revivre.

3^o *Protection des tiers*. — Ce point de vue entraîne la nullité de toutes les conventions par lesquelles on tenterait de déroger aux règles établies par la loi quant à la publicité des actes de toute nature : ex. art. 939, 1395, 1690, C. Civ. Ce point de vue a été toutefois considérablement développé depuis le Code (loi du 23 mars 1855, loi du 10 juillet 1850, modif. art. 1394, C. Civ.).

A contrario, il faut conclure qu'une personne peut toujours, à la condition d'être capable, renoncer à des droits établis dans son intérêt exclusif, sauf, bien entendu, quand la loi le lui défend, ce qui a lieu principalement lorsqu'elle interdit aux majeurs de renoncer à des droits non encore ouverts à leur profit, pour les protéger contre leurs entraînements, contre leur propre faiblesse (ex. : art. 791, 1453, 2078, 2088, 2220, C. Civ.).

§ 2. — DES BONNES MŒURS

Nous avons eu l'occasion, principalement, pour une raison de méthode, de signaler la différence qui existe entre la conception des bonnes mœurs et celle de l'ordre public. C'est ici le lieu de justifier cette distinction.

Elle se trouve, à notre avis, établie principalement

par la déclaration de Portalis, l'un des rédacteurs du Code Civil, exposée en tête du Livre préliminaire : « La loi... répute licite tout ce qu'elle ne défend pas. Néanmoins, ce qui n'est pas contraire à la loi n'est pas toujours honnête. » (Titre iv, Art. 8) Par là, l'auteur a entendu dire que l'acte contraire à l'honnêteté est nul, aussi bien que l'acte contraire à la loi.

Il faut donc entendre par honnêteté les principes de morale qui s'imposent aux citoyens, et qui cependant ne sont pas formellement consacrés par une loi positive.

Ainsi s'explique la formule de l'article 6 : « On ne peut déroger aux lois qui intéressent les bonnes mœurs ». Si on suppose qu'il existe une disposition positive de la loi, consacrant une règle de morale, cette partie de l'article 6 fait double emploi avec la première, — suivant laquelle on ne peut déroger aux lois qui intéressent l'ordre public, — car une pareille disposition est manifestement d'ordre public. (1) Si l'on veut lui conserver son utilité, il faut donc admettre qu'il existe une conception des bonnes mœurs, indépendante de la notion d'ordre public, en dehors de toute disposition de la loi positive. Cela revient à dire que l'immoralité produit le même effet que l'illégalité, au point de vue de la validité des actes juridiques. (2)

(1) M. PLANIOL (*Précis*, t. I, 1^{re} éd. n° 274), cite comme exemple le devoir moral de fidélité conjugale énoncé par la loi civile (Art. 112) et sanctionné doublement, au point de vue civil par le divorce et la séparation de corps, et au point de vue pénal, par les articles 337 et suiv. du Code Pénal qui font de l'adultère un délit. Ce devoir, imposé par les bonnes mœurs, revêt évidemment, par le fait de sa sanction législative, le caractère d'ordre public.

(2) C'est ce qui ressort, au surplus, de la comparaison des art. 6, 900, 1172 C. Civ.

CONCEPTION DES BONNES MŒURS

Pour fixer la question quelque peu abstraite des bonnes mœurs, nous ne saurions mieux faire que de nous inspirer des règles analogues par lesquelles M. Saleilles a savamment commenté l'article 138 du nouveau Code Civil allemand. (1)

Par l'expression *bonnes mœurs*, il faut entendre non pas un idéal de morale subjective, essentiellement théorique, mais l'idéal répondant en fait à la conscience publique (2).

(1) Cet article consacre la faculté pour le juge allemand d'annuler au nom des bonnes mœurs un contrat lésion. Cette disposition implique la solution d'une double question. En premier lieu, il convient de se demander sur quels éléments du contrat le juge est autorisé à exercer son pouvoir de contrôle, au point du vue des bonnes mœurs : c'est la question de délimitation. En second lieu, il faut étudier ce que le législateur a voulu entendre par cette expression « bonnes mœurs », la discuter, en faire l'analyse : c'est la question de conception. Les deux problèmes sont évidemment différents. Aussi, la solution adoptée sur l'une de ces questions n'entraîne pas nécessairement une solution identique relativement à l'autre. C'est ainsi que, quelle que soit la solution apportée par le droit français à la question de délimitation des bonnes mœurs, — et nous verrons qu'elle est, dans la matière des contrats, différente du système allemand, — la question de conception n'en est pas influencée, et l'on peut ici faire appel aux principes très judicieux développés par M. Saleilles relativement à la même question, qui se pose dans le droit allemand (V. R. SALEILLES : *La Déclaration de volonté*).

(2) Tel est également le système adopté par LAURENT « Principes de droit civil », tome I, n° 56, qui cherche la conception des bonnes mœurs dans la « conscience juridique de la collectivité », et par H. CAPITANT « Introduction à l'étude du droit civil », chap. I, p. 20 et suiv., suivant lequel la question des bonnes mœurs constitue « une question d'appréciation, que le juge tranchera en s'inspirant de

Cela conduit à exclure la morale de la conception des bonnes mœurs, ou, du moins, à ne consacrer d'elle que des principes qui aient « trouvé leur expression pratique dans la conception que le peuple se fait, soit de la loyauté en affaires, soit du respect de la moralité elle-même dans le domaine de la vie juridique ». Par là se trouve écarté, dans une certaine mesure, le danger d'arbitraire inhérent à un système subjectiviste absolu, d'ailleurs impraticable, qui ferait de la conception abstraite de la morale par le juge, le critérium juridique des bonnes mœurs.

Le critérium choisi présente l'avantage d'une grande souplesse et d'une extrême variété. Il est soumis, par sa nature même, à l'évolution progressive des idées en matière de moralité privée. Sur ce point, dit M. Saleilles, la loi s'en remet à la constatation des progrès qui se produiront dans le sens d'une moralité supérieure et d'une justice plus intégralement réalisée.

Il importe, en outre, d'observer que le juge doit puiser l'idéal de morale pratique, qui est l'essence même des bonnes mœurs, non pas dans les conventions, c'est-à-dire dans les aspirations plus ou moins vagues et subjectives du peuple, mais dans les usages juridiques. Ainsi l'on pourra conserver au

ce qu'on a appelé justement la morale coutumière, c'est-à-dire des règles de conduite qu'accepte la conscience générale d'un pays». Cpr. BEUDANT, « Droit civil, introduction », n° 125. M. HUC, « Commentaire théorique et pratique du Code civil », t. 1, p. 118, paraît se ranger à un système différent. Suivant cet auteur, les bonnes mœurs sont « les habitudes acquises pour le bien, en tant qu'elles sont protégées ou déterminées par les lois positives ». Mais il est bien évident que, si la loi est muette, il faudra recourir au jugement de la conscience juridique collective du pays; de sorte que ce deuxième système se ramène au précédent.

système sa base essentiellement positiviste et pratique. C'est ce que M. Saleilles exprime par cette idée, que « le juge ne doit prendre, parmi les conceptions de moralité populaire, que celles qui soient en harmonie avec l'état social et surtout avec l'état économique dans lequel vit la société actuelle ». Il doit donc viser avant tout les usages et, par là, il est assuré de ne point sortir du domaine juridique.

Mais il ne doit rechercher que les bons usages, c'est-à-dire ceux de la moyenne des honnêtes gens. Il y a même un degré de plus. « Si ces bons usages ne sont pas ceux que ces mêmes honnêtes gens considèrent comme étant leur devoir juridique et social, c'est le type abstrait des bons usages, tel qu'il résulte de la conscience moyenne de la collectivité, que le juge doit rechercher et faire appliquer (1).

Deux décisions récentes nous fournissent l'illustration de ces idées abstraites.

1° Un jugement récent du tribunal de Lisieux, statuant dans une espèce où il s'agissait de savoir si l'engagement pris par un particulier de payer une certaine somme à un entremetteur de mariage était valable, a résolu la question dans le sens de l'affirmative, donnant de sa décision le seul motif que de semblables conventions sont aujourd'hui admises par les mœurs (2).

2° Plus récemment encore, un jugement du tribunal correctionnel de Chambéry, du 7 décembre 1903,

(1) SALEILLES, op. et loc. cit.

(2) Cette décision curieuse est rapportée au *Petit Méridional* du 23 avril 1903, sous le titre : Le mariage est-il une affaire ? Le jugement résout expressément la question par l'affirmative.

autour duquel on a fait grand bruit, avait acquitté un journal, *Le Savoyard*, poursuivi en diffamation par le Grand Cercle d'Aix, sous le prétexte que les propos incriminés dans un article publié par le journal, aux termes desquels une personnalité politique aurait accepté des « pots-de-vin » pour étouffer des poursuites intentées contre ledit cercle, ne saurait être injurieux, eu égard au caractère de la moralité parlementaire actuelle (1).

Ces décisions violaient évidemment le principe suivant lequel le critérium de la moralité juridique doit être recherché dans le type idéal et abstrait des bonnes mœurs de la moyenne des honnêtes gens !

Mais il faut encore préciser. La sagesse, à défaut de règles juridiques spéciales, commande de ne considérer un usage comme suffisamment établi, au point de vue des bonnes mœurs, que lorsque celui-ci sera reconnu, non point exclusivement par la catégorie des gens intéressés à le consacrer, mais encore par la majorité de ceux auxquels il pourrait avoir pour résultat de nuire. Cette adhésion, quasi unanime, des esprits peut seule réaliser un critérium d'objectivité suffisant pour éviter, dans une certaine mesure, l'arbitraire du juge (2).

(1) Cette décision a été réformée par la Cour (14 janvier 1904), comme méconnaissant, d'ailleurs, le caractère délictueux de la corruption des fonctionnaires publics (art. 177, 178, et 179 C. P.).

(2) M. TISSIER (Compte-rendu de l'ouvrage de M. Saleilles : « La déclaration de volonté », dans la *Revue Bourguignonne*, 1903, p. 187 et suiv.) va plus loin encore. Il exige que le juge puisse faire triompher un idéal de moralité, non point subjective, mais, dans tous les cas, dégagé de la préoccupation de l'adhésion des gens intéressés au triomphe d'une règle contraire. Sans quoi, dit-il, le juge ne peut utiliser sa fonction d'agent de progrès social. Mais ce nouveau pouvoir donné au juge est bien dangereux.

CHAPITRE II

CRITIQUE DE LA THÉORIE DU CODE CIVIL

SECTION I

CRITIQUE DU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ (1)

Notre Code Civil consacre le principe que la volonté est la source créatrice de toute convention. Il faut rechercher, dans tout contrat, l'intention des parties (art. 1156, C. Civ.) : la forme importe peu : seuls les faits intérieurs, — si l'on fait toutefois abstraction des contrats formalistes, d'ailleurs rares dans notre droit, — sont l'élément constitutif de la convention.

Ce système n'est pas un système pratique.

La théorie classique exige, pour qu'il y ait contrat, la co-existence de deux volontés identiques, sur un même point, dans les mêmes conditions. Une simple réserve mentale, en détruisant l'identité des consentements, empêche le contrat de se former.

Mais alors, la théorie de la volonté ne peut jamais conduire à la formation d'un contrat ! Elle y réussit cependant, mais elle est obligée de faire un appel

(1) Voir sur ce point et sur les suivants le très intéressant article de M. Georges DERRÈUX, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901, p. 513, et 1902, p. 105.

énorme à la fiction : tantôt, elle a recours à la théorie de la volonté implicite, suivant laquelle quiconque veut une chose est censé avoir accepté également ses conséquences ; tantôt elle fait appel à des présomptions de volonté, pour reconstituer la volonté réelle des parties, et souvent ici, il faut bien le reconnaître, elle aboutit à la reconnaissance par le juge d'une volonté fictive.

Or les fictions sont souvent contraires à la réalité des faits. M. Dereux cite, comme exemple, le cas d'un simple particulier qui, ignorant du droit, signe un contrat de mariage. Evidemment, il a bien entendu s'engager à quelque chose. Mais a-t-il compris toute la portée de son engagement ? A-t-il entendu accepter toutes les conséquences juridiques du contrat qu'il a signé, le droit d'administration des biens communs, le mandat tacite donné à la femme, l'inaliénabilité de la dot mobilière ? Nul ne peut raisonnablement le supposer (1).

D'autre part, recourir à des présomptions pour reconstituer la volonté douteuse des parties, c'est livrer celle-ci à des appréciations de pur hasard. M. Dereux cite comme exemple le cas de ce particulier qui, ayant acheté des billets de théâtre, qui lui avaient été remis au bureau, sous enveloppe fermée, se vit refuser l'entrée de la salle pendant la durée du spectacle, sous le prétexte qu'une clause particulière imprimée au verso des dits billets lui interdisait ce droit. Le spectateur perdit son procès

(1) Les contrats d'adhésion fournissent encore de nombreux exemples de la difficulté de concilier la théorie classique de la volonté avec les faits.

devant le Tribunal de Commerce de la Seine, sous le prétexte qu'en achetant ces billets il était présumé avoir accepté toutes leurs conditions. (*Le Droit*, 28-29 mai 1900).

En définitive, ce n'est point toujours un accord réel de volontés qui crée le contrat, mais bien souvent la fiction.

Faisons la contre-épreuve : l'accord de volontés est, par lui-même, impuissant à créer la convention. Supposons, en effet, que Pierre ait l'intention d'acheter la maison de Paul et que, au même moment, Paul veuille vendre. Y aura-t-il vente de la maison ? Non pas, alors même que plus tard ces deux intentions arriveraient à se connaître et à se manifester, notamment par l'aveu. Ce n'est donc point nécessairement la volonté qui crée le contrat. Il faut quelque chose de plus, et cela, c'est son expression matérielle, c'est ici la manifestation certaine et non équivoque par les parties, de leur intention respective de vendre et d'acheter.

« Pas plus que l'homme ici-bas ne peut vivre à l'état de pur esprit, d'âme dépourvue de corps, le contrat ne peut exister sans quelque chose de matériel qui ne sert pas seulement à le manifester, mais qui est partie de lui-même » (1).

(1) *Dereux*, op. et loc. cit.

SECTION II

PORTÉE DU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE INDIVIDUELLE

Nous avons dit précédemment que les tribunaux n'étaient généralement pas embarrassés pour créer, assez souvent de toutes pièces, la volonté des parties que la loi les oblige à interpréter, lorsque cette volonté ne s'est point extériorisée suffisamment pour se faire connaître.

C'est ici le lieu de développer cette assertion et d'en fournir des exemples. On verra combien la théorie classique de l'autonomie de la volonté exagère arbitrairement sa portée. Tantôt elle aboutit à des conséquences que la volonté des parties, à raisonnablement l'interpréter, eût vraisemblablement repoussées ; tantôt elle consacre des résultats évidemment contraires à la volonté réelle et clairement manifestée des parties.

A) Conséquences inconciliables avec la volonté réelle des parties.

La jurisprudence aboutit quelquefois à des conséquences de cette sorte en matière de contrats à titre gratuit, par exemple au cas de donation. En l'absence d'un principe certain, n'accordant crédit à la volonté

qu'autant qu'elle se serait clairement manifestée, la théorie classique risque quelquefois de méconnaître la volonté réelle des parties. Il s'agit par exemple de déterminer l'étendue de la donation. Quelle sera-t-elle ? L'art. 1162 C. Civ. aux termes duquel la convention s'interprète en faveur du débiteur, semble commander ici une interprétation contraire au donataire. Mais l'art. 1158 commande d'adopter le sens qui convient le plus à la matière du contrat : or nous sommes ici en matière de donation ; et cela conduirait à supposer l'intention libérale, ce qui est une présomption contraire à la précédente. La théorie classique de la volonté, quelles que soient les règles d'interprétation par lesquelles elle se complète, n'aboutit donc pas à un résultat satisfaisant. Ce n'est qu'un demi-mal en matière de contrats à titre gratuit, où, quoi qu'on fasse, on ne réalisera jamais un préjudice considérable (1). Mais l'inconvénient est sérieux lorsqu'il s'agit de contrats à titre onéreux.

En cette matière, en effet, il arrive souvent que la commune intention des parties n'a pas existé.

Cela se réalise fréquemment en matière de vente de denrées : le vendeur veut céder peu de marchandises contre beaucoup d'argent, l'acheteur peu d'argent contre beaucoup de marchandises. Quand les parties ne se sont pas expliquées sur ce point,

(1) En effet, si l'on interprète la donation dans son sens le plus large, on lui fait produire un effet qui dépasse la volonté du donateur ; mais, en somme, cet effet se produit toujours dans le sens originellement voulu par celui-ci, qui est le sens d'une intention libérale ; et, d'autre part, si l'on restreint l'effet de la donation, on ne viole pas radicalement la volonté du donataire : on en restreint seulement la portée.

le juge peut être certain d'une chose, c'est que si elles l'avaient prévu, elles auraient voulu vraisemblablement juste le contraire l'une de l'autre.

Il en est de même dans une multitude de contrats à titre onéreux, où les parties, ayant des intérêts opposés, ont naturellement tendance, de la meilleure foi du monde, à se déterminer, dans un sens différent. Dans tous ces cas, imposer au juge de trancher la difficulté par une interprétation du contrat, c'est lui demander de résoudre un problème insoluble ; imposer aux parties l'interprétation du juge, de quelque côté que penche la balance, c'est violer un intérêt légitime et commettre une iniquité (1).

B) Conséquences contraires à la volonté certaine des parties.

Les exemples en sont nombreux en droit privé. Tel est le cas des contrats de travail où l'ouvrier, poussé par la faim, est obligé de subir la loi de son patron, d'accepter un salaire réduit, un règlement d'atelier odieux, contre lesquels il a protesté par une grève longue et acharnée.

(1) « La commune intention des parties, mais qui dit qu'il y en ait eu une ? Ne serait-il pas plus vraisemblable de supposer que celles-ci ont eu des volontés différentes ? Pourquoi, dans les procès sur l'interprétation des contrats, présumer toujours que l'un des deux adversaires est de mauvaise foi ? N'est-ce pas contraire aux principes du droit, qui veulent que la mauvaise foi ne se présume pas ? Ne vaudrait-il pas mieux reconnaître franchement que la commune intention des parties, bien souvent, n'a pas existé ? » (DERREUX, op. et loc. cité).

Tel est aussi, en droit international, le cas de la plupart des traités de paix.

Dans tous ces cas, la volonté supposée est manifestement contraire à la volonté réelle. Ici encore, la théorie classique de la volonté est en défaut.

SECTION III

CONSÉQUENCES PRATIQUES DE LA THÉORIE CLASSIQUE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

Ces conséquences doivent être envisagées successivement au point de vue de la validité et à celui de l'interprétation des conventions.

I. CONSÉQUENCES QUANT A LA VALIDITÉ DES CONVENTIONS.

La force obligatoire de la volonté résidant uniquement dans l'intention, nous avons dit qu'il pouvait arriver qu'une réticence, une erreur, empêchât le contrat de se former. C'est là un résultat regrettable dans certains cas.

a) L'objet de la convention est une chose. — Dans ce cas, une fois la réticence ou l'erreur démontrées, le contrat est résolu de plein droit. La nullité est regrettable pour la partie qui n'a commis aucune faute, car celle-ci va se trouver privée du bénéfice du contrat. Mais elle est déplorable si cette partie a cédé

la chose, objet du contrat, à des tiers, car le droit de ceux-ci va se trouver résolu, par la résolution de la qualité de propriétaire chez leur auteur. Sans doute, s'il s'agit d'un meuble, le tiers acquéreur sera protégé par la maxime de l'art. 2279 : En fait de meubles, possession vaut titre ; mais s'il s'agit d'un droit immobilier ou d'une créance, il restera sans défense, alors même qu'il aurait accompli les formalités de publicité prescrites par la loi (transcription, signification au débiteur), car ces formalités supposent, pour leur validité, un transfert existant, et le transfert, par hypothèse, n'a pas eu lieu.

De même, les tiers qui auront pu traiter avec l'acquéreur apparent, sur la foi de son titre, espérant que l'immeuble en la possession de leur débiteur deviendra le gage de leurs créances, verront leurs espérances déjouées et perdront tout droit sur l'immeuble, si le contrat est résolu.

Au point de vue de la partie qui n'est pas en faute, comme au point de vue des tiers, la théorie classique de la volonté, qui annule le contrat sur le fondement d'une simple erreur, d'une réticence quelconque, conduit donc à des conséquences déplorables, manifestement contraires à l'équité et au crédit public.

b) L'objet de la convention est un fait. — Le même inconvénient pour la partie qui n'est pas en faute se reproduit encore dans cette hypothèse. La théorie classique annule le contrat entâché d'une erreur insignifiante, et accorde des dommages-intérêts délictuels. Mais ici encore une théorie qui attacherait plus d'importance à l'idée de crédit, vali-

derait le contrat, et, en l'impossibilité de contraindre le débiteur à l'exécution de la prestation promise, puisqu'il s'agit d'un fait, le condamnerait à des dommages-intérêts contractuels. La question présente, dans la jurisprudence française, un intérêt considérable, car on sait que c'est seulement au cas de dommages-intérêts contractuels que les tribunaux accordent au créancier d'indemnité la précieuse ressource des astreintes.

II. — CONSÉQUENCES QUANT A L'INTERPRÉTATION DES CONVENTIONS.

La force obligatoire de la convention résidant essentiellement dans la volonté, le juge devra, dans l'interprétation des conventions, pénétrer de son mieux les intentions les plus secrètes des parties et s'en inspirer.

Mais l'intention étant un fait, sa recherche sera par cela même une question de fait. D'où il faut conclure que, sauf le cas d'une violation formelle des règles de la preuve (art. 1341 C. Civ. et suiv.), le contrôle de la Cour de Cassation n'est point recevable, celle-ci jugeant seulement le droit. Comme le dit fort bien M. Dereux (op. cit.), « si l'élément essentiel du contrat est un fait purement intérieur, c'est au juge du fond qu'il appartient d'en connaître. Quel article de loi pourrait-on violer, en déclarant qu'à tel moment Paul a eu telle volonté, ou Pierre telle intention ? »

Tel est également le principe que proclame, depuis

1808, (1) la Cour suprême : les juges du fait interprètent souverainement les conventions qui leur sont soumises. (2)

Mais par un retour remarquable à son point de départ, retirant en quelque sorte d'une main ce qu'elle donne de l'autre, la Cour de Cassation admet qu'une décision judiciaire peut être cassée « quand elle dénature le sens d'une clause claire et précise. » (3) Or c'est elle qui juge souverainement le point de savoir si une clause est claire ou précise. Il suit de là que si l'interprétation des tribunaux lui paraît opportune, elle décidera que ceux-ci n'ont point violé le sens apparent de la convention, et refusera de casser leur décision : mais si cette interprétation lui déplaît, elle dira qu'il y a eu violation du texte clair et précis du contrat, et elle cassera la décision, jusqu'à ce que ses propres vues sur le fond soient acceptées. (4) C'est dire qu'en matière d'interprétation de conventions la Cour suprême se réserve le dernier mot. « Mais peut-il en être autrement ? Est-ce que l'expérience n'a pas prouvé depuis longtemps que la distinction du fait et

(1) Jusqu'en 1808, la C. de Cass. admettait qu'un arrêt peut être cassé pour mauvaise interprétation d'un contrat aussi bien que d'une loi (Cass. 2 février 1808, D. 6, 1, 198, S. 8, 1, 183).

(2) Cass. 30 avril 1890, D. 91, 1, 367, et 15 février 1898, D. 98, 1, 429, S. 98, 1, 272.

(3) Cass. 20 décembre 1887, D. 89, 1, 76 ; Cass. 18 décembre 1883, D. 94, 1, 263, S. 96, 1, 134.

(4) Pour échapper à ce contrôle, les tribunaux s'efforcent de trouver dans les circonstances extérieures des raisons pour modifier l'effet naturel des clauses les plus claires (Cass. 11 mars 1890, D. 90, 1, 357, S. 91, 1, 11). Peine perdue ! La Cour suprême casse leurs décisions « lorsqu'ils ne peuvent alléguer aucun fait précis » ; or elle est encore juge de ce point. C'est dire qu'elle casse leurs décisions quand elle veut (Paris, 3 mai 1884, arrêt cassé, D. 89, 1, 415).

du droit n'est qu'une abstraction et qu'en réalité on ne les sépare jamais ? » (1)

Quoi qu'il en soit, le pouvoir que s'arroe à cet égard la Cour de Cassation est justement critiquable, puisqu'il s'agit de questions de fait. Juridiquement, elle devrait se refuser à intervenir. Et l'on voit alors qu'elles seraient les conséquences de ce refus : la convention des particuliers laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, c'est-à-dire l'arbitraire autorisé dans l'interprétation des contrats, le manque d'unité, à cet égard, dans la jurisprudence. La Cour de Cassation n'évite ces résultats fâcheux qu'en substituant son propre arbitraire à celui des tribunaux.

SECTION IV

CRITIQUE DU SYSTÈME DU CODE CIVIL RELATIVEMENT AUX RESTRICTIONS APPORTÉES A L'AUTONOMIE INDIVIDUELLE

A ce point de vue, notre Code Civil mérite un double reproche, pour la façon dont il a résolu la question de conception et celle de la délimitation de l'ordre public et des bonnes mœurs.

I. — CONCEPTION

a) La conception de l'ordre public et des bonnes mœurs est trop vague, mal définie et prête à l'arbitraire.

(1) CHARMONT : *Rôle de la Cour de Cassation dans l'interprétation des contrats*, « Revue critique » 1894, p. 78.

Nous avons vu, en effet, que le législateur n'a posé nulle part un critérium certain des lois d'ordre public et de celles qui ne présentent pas ce caractère. Il résulte de là que le juge, saisi de la question de savoir si telle manifestation particulière de volonté constitue, ou non, une violation de l'ordre public, et, par suite, doit être, ou non, prohibée, se trouve dans la situation la plus embarrassante. Ainsi notre droit proclame le principe de l'inaliénabilité de la liberté individuelle ; mais, d'autre part, il veut que les particuliers respectent les conventions qu'ils ont librement consenties (art. 1134, C. Civ.). Comment concilier ces principes, par exemple, en matière de clauses portant interdiction de concurrence ? L'interdiction consentie ne peut être absolue, sous peine de violer le principe de la liberté du travail, voilà un point certain ; mais d'autre part, l'intérêt bien compris des individus, d'ailleurs conforme au principe de l'autonomie de leur volonté, commande qu'ils puissent consentir certaines limitations à leur droit à cet égard. Il y a là un choc, un heurt de principes également respectables ; et le conflit ne pourra être résolu qu'en jugeant humainement les choses humaines, en tempérant le premier de ces principes par le second. C'est ce que fait la jurisprudence, qui déclare nulles, comme contraires à l'ordre public, les clauses portant interdiction absolue de concurrence, mais qui valide ces conventions lorsqu'elles sont sages, modérées et renfermées dans de justes limites (1).

(1) La jurisprudence pratique une distinction analogue dans l'application de l'art. 1780, al. 1, C. Civ., suivant lequel « on ne peut engager ses services qu'à temps, pour une entreprise déterminée. » (V. *infra*).

Seulement, c'est là un critérium subjectif, essentiellement variable, qui met quelquefois le juge aux prises avec des difficultés insolubles, dont il ne peut sortir qu'en réalisant l'arbitraire.

Cet inconvénient, sensible en matière d'ordre public, est surtout marqué en matière de bonnes mœurs. Sans doute, la notion d'ordre public est quelquefois vague et arbitraire, mais ce n'est que lorsqu'on entre dans le détail et l'infinie diversité de son application. Dans son principe, au contraire, elle est essentiellement précise et définie, puisée qu'elle doit être dans la pensée du législateur, dans la loi. Mais ce qui est l'exception pour l'ordre public, devient la règle en matière de bonnes mœurs : la conception en est tout entière livrée à l'appréciation individuelle du juge. C'est en vain que la doctrine essaye de poser ici des règles ; en vain elle conseille d'appliquer non pas le critérium de la morale, mais celui des mœurs, non pas la conception des mœurs pratiques, mais celle des mœurs idéales, c'est-à-dire des bonnes mœurs, et ce, d'après la conscience de la majorité honnête du pays ; en dépit de toutes ces règles, la notion des bonnes mœurs demeure vague et arbitraire. L'on devine que, forcément, dans l'application qu'il en fait, le juge doit, de temps en temps, sacrifier l'une des parties en cause devant lui, tantôt la loi, tantôt la convention, qui, cependant, s'imposent également à son respect.

b) Du moins, pour les bonnes mœurs, ce danger d'arbitraire a-t-il une contre-partie : le juge pourra faire prédominer dans le droit la solution la plus conforme à la conscience publique, et réaliser ainsi l'harmonie incessante qui doit exister entre l'opinion

et la loi ; cette compensation n'existe pas pour l'ordre public, ou, du moins, elle n'est permise que quand la loi est muette sur le caractère d'une loi, à ce point de vue. Mais lorsque la loi s'est prononcée, — et c'est là le cas le plus fréquent, — le juge est lié par sa conception et ne peut rien faire prévaloir contre elle, pas même le point de vue des bonnes mœurs.

Or, la conception du Code civil est, à cet égard, étroite, anti-sociale. Cela résulte de l'exagération du principe de liberté sur lequel elle est fondée.

Cela est particulièrement sensible dans le domaine des contrats, que nous étudions spécialement.

Le Code civil n'a rien fait pour réprimer, ou tout au moins atténuer « l'injustice économique » qui résulte de l'exploitation du faible par le fort, du riche par le pauvre (1). Un usurier peut exploiter un débiteur besogneux en exigeant de lui un intérêt excessif d'une somme d'argent qu'il lui prête (art. 1905 et suiv. C. Civ.). Dans le contrat de travail, le plus fréquent des contrats où cette injustice économique se réalise, l'apprenti est laissé à la merci du patron, pour son éducation professionnelle, sa moralité ; le patron et l'ouvrier sont, au cas de louage sans durée déterminée, vis-à-vis l'un de l'autre, dans une situation d'indépendance complète, de sorte que l'un d'entre eux peut impunément, quand il le voudra, rompre le contrat ; le travail dans les usines et manufactures est entièrement libre, affranchi de toute réglementation relative à sa durée, à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs ;

(1) V. M. CHARMONT, « la socialisation du Droit », *revue de métaphysique et de morale*, 1903.

l'ouvrier qui est victime d'un accident de travail, le mettant dans l'impossibilité de gagner sa vie, n'a d'autre ressource que l'article 1382 du Code civil, qui l'oblige à démontrer la faute du patron, pour obtenir une indemnité, preuve difficile, souvent impossible. La petite épargne n'est pas davantage protégée : la loi permet à des banquiers sans scrupules d'exploiter les petites gens, au moyen de ventes à tempérament, etc...

Mais, à l'inverse, le Code civil donne l'action en rescision pour cause de lésion de plus des sept douzièmes au vendeur d'immeubles (art. 1674), c'est-à-dire au riche.

Le point de vue du Code civil était trop étroit, trop exclusif. Il fallait de toute nécessité l'agrandir. C'est ce qu'on fait les lois postérieures.

II. — DÉLIMITATION

Plus importante est peut-être la question de délimitation. Car, enfin, l'usage de l'arme de l'ordre public n'est pas toujours interdit ; le juge en recouvre le libre exercice dans les cas où la loi ne s'est pas prononcée ; d'autre part, la conception des bonnes mœurs, laissée à son appréciation souveraine, doit lui permettre de corriger les injustices sociales.

Il n'en est malheureusement pas toujours ainsi, et, s'il est permis de dire que la conception des bonnes mœurs est, dans les mains du juge, un instrument de progrès social, il est non moins exact d'ajouter qu'il

est souvent interdit au juge de se servir de cet instrument.

C'est ici que la question de délimitation intervient.

En effet, dans la conception du Code civil que nous avons exposée, le juge est lié par la théorie de la cause, par la théorie de la condition, par la théorie de l'acte à titre gratuit, mis en parallèle avec l'acte à titre onéreux.

a) Théorie de la cause (1). — On sait ce que l'on appelle cause, en droit civil : c'est le but immédiat et direct que les parties se proposent d'atteindre. (Art. 1131 et 1133, C. C.),

Dans la matière des contrats, ce que le juge peut apprécier, au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs, c'est uniquement la cause, telle que la théorie classique la définit.

Nous avons vu qu'il résulte de là que la matière des simples motifs est interdite à l'examen du juge. Cela conduit, strictement, à la validation du courtage matrimonial, des contrats relatifs à des établissements immoraux, etc... Dans le domaine des actes à titre gratuit, nous verrons que cette théorie devrait également amener le juge à sanctionner les libéralités faites à des enfants illégitimes, avec indication

(1) V. ARBUS : « De la cause illicite », thèse, Montpellier, 1903. — M. Tissier, op. cit., p. 194, soutient que la théorie de la cause n'a point cette portée restrictive et que le juge a le droit, en dehors de l'application des art. 1131 et 1133, d'annuler tout contrat immoral ou illicite, par application du principe général de l'art. 6. (En ce sens, Chavegrin, note sous S. 1901. 1. 481. Cpr. S. 1879. 1. 393, note Labbé, et les renvois indiqués par M. Tissier, op. et loc. cit.). Pour nous, on ne saurait attribuer à l'art. 6 cette portée, sous peine de considérer comme inexistante la théorie de la cause.

d'un motif illicite. Cette dernière conséquence a paru choquante à quelques-uns.

b) Théorie de la condition. — C'est l'évènement futur et incertain duquel dépend la naissance ou la résolution d'un droit.

En matière d'actes à titre onéreux, la condition illicite ou immorale est nulle et rend nulle la convention qui en dépend. (Art. 1172 C. Civ.).

En matière d'actes à titre gratuit, une pareille condition est réputée non écrite, mais la libéralité sort par ailleurs son plein et entier effet. (Art. 900, C. Civ.).

Tel est le droit. Mais en matière de libéralités, l'application stricte des principes juridiques peut être, dans certains cas, rigoureuse. On verra ultérieurement, à propos de la théorie de la cause impulsive et déterminante, comment la jurisprudence s'est arrangée pour tourner la loi.

c) Distinction de l'acte à titre gratuit et à titre onéreux. — Supposons une donation faite à une concubine. Cette libéralité est parfaitement valable, car sa cause, l'*animus donandi*, ne saurait rien contenir de contraire à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs. Cependant, il peut être regrettable de voir de semblables libéralités sortir à effet, au détriment des intérêts légitimes de la famille du disposant, qu'elles ont pour résultat de léser.

On verra, ici encore, comment la jurisprudence, en violant la loi, a essayé d'apporter un remède à cette injustice.

Mais avant d'aborder l'examen de la jurisprudence, il convient d'étudier l'œuvre des lois postérieures au Code civil.

DEUXIÈME PARTIE

Action des Lois Postérieures

L'extension de la conception de l'ordre public par les lois postérieures au Code se manifeste notamment dans les lois relatives à la protection des débiteurs, de la petite épargne, et principalement en matière de contrat de travail.

CHAPITRE PREMIER

PROTECTION DES DÉBITEURS

Parmi les lois de cet ordre, il faut placer en première ligne la loi du 3 septembre 1807, sur le taux de l'intérêt.

La convention portant stipulation d'intérêts (*usurae*) était permise à Rome, où elle donna lieu à de fréquents abus des banquiers prêteurs d'argent. Elle

fut défendue par le droit canonique, et cette prohibition fut reprise par la législation civile, où elle s'introduisit au temps de Charlemagne (capitulaire de 789), et subsista jusqu'à la Révolution, sauf un tempérament apporté pour les juifs par les ordonnances royales de 1360 et de 1361, et sous la réserve des contrats spéciaux (dont le principal était la constitution de rente) imaginés par la pratique pour tourner la loi.

La Constituante déclara le prêt à intérêt permis (D. 3-12 octobre 1789), mais la question de savoir si le taux de l'intérêt était, à cette époque, limité par la loi est restée indécise. La jurisprudence appliquait fermement le principe de la liberté absolue, se basant sur un texte assez vague, l'art. 1^{er} de la loi de 5 Thermidor, an v. (1)

Le Code Civil, à son tour, reproduisit le principe de la liberté du taux de l'intérêt, et ce, tant en matière civile que commerciale. (Art. 1905 et suiv.).

Pour réagir contre les abus que permettait ce système, la loi du 3 septembre 1807 est venue limiter le taux de l'intérêt conventionnel à 5 % en matière civile, et à 6 % en matière commerciale. Mais la loi du 12 janvier 1886 (art. 1^{er}) a supprimé depuis toute restriction pour le commerce. La limitation du taux de l'intérêt n'existe donc plus aujourd'hui qu'en matière civile. (2)

(1) Cet article est ainsi conçu : « A dater de la publication de la présente loi, chaque citoyen sera libre de contracter, comme bon lui semblera ; les obligations qu'il aura souscrites seront exécutées dans les termes et valeur stipulés ».

(2) La sanction est la restitution des sommes indûment perçues, et, au cas d'habitude chez le prêteur, l'application des peines du délit d'usure (v. loi du 19 décembre 1850). Exceptionnellement le

Cette limitation est spéciale au contrat de prêt, ainsi qu'il résulte des motifs de la loi de 1807 (suppl. arg. art. 3). Elle s'applique en conséquence aux contrats qui fonctionnent à la place du prêt d'argent, constitutions de rentes, ventes fictives destinées à cacher un prêt usuraire ; mais tous autres contrats en sont rigoureusement exclus : ainsi, le débiteur d'une dot, du prix d'un immeuble, peuvent promettre un intérêt supérieur au 5 %. En outre, la règle ne s'applique qu'aux prêts d'argent (arg. du titre de la loi de 1807, « loi sur le taux de l'intérêt de l'argent, et jurisprud. constante »).

Le caractère protecteur de cette disposition législative est évident. Mais l'habileté des prêteurs empêche la loi d'atteindre son but pratique.

a) En effet, les usuriers ne manquent pas de moyens pour tourner la loi. Le procédé le plus simple consiste à n'avancer à l'emprunteur qu'une partie de la somme stipulée remboursable. Si nous supposons, en effet, que le souscripteur d'un billet de 500 francs, au taux de 5 %, ne touche en réalité que 400 francs, il a payé un taux supérieur au 5 %, sans compter que la différence entre la somme réellement avancée et le montant nominal du billet constitue pour le prêteur un bénéfice : ce bénéfice peut même lui permettre de ne stipuler qu'un taux inférieur au maximum, ou mieux, de se passer en apparence d'intérêts !

taux de l'intérêt conventionnel est libre en Algérie. Les textes n'y ont réglementé que le taux légal (v. ordonnance du 8 octobre 1835 et loi du 27 août 1881).

Un procédé plus savant, plus compliqué, mais néanmoins assez fréquent, est le contrat pignoratif. C'est un prêt fait sous la forme d'une vente à réméré. L'emprunteur vend au prêteur l'immeuble qu'il veut, par voie détournée, donner en gage, avec faculté de rachat, dans un temps déterminé, sous des conditions généralement onéreuses. Si le prix stipulé est trop élevé, le vendeur ne pourra jamais user du rachat, et l'immeuble demeurera ainsi en paiement au créancier (1). Mais il y a plus : souvent un bail accompagne le contrat de vente, bail fictif par lequel le prétendu acheteur rétrocède au soi-disant vendeur la jouissance de l'immeuble. C'est le loyer stipulé qui constitue l'intérêt du prix. Il est évident qu'il pourra dépasser le taux de l'intérêt conventionnel, n'ayant pas, en apparence, le caractère de l'intérêt d'une somme d'argent. C'est un procédé commode d'usure.

En résumé, la preuve de l'usure est difficile ; par suite, la loi demeure la plupart du temps sans sanction (2).

(1) Ce procédé réalise le pacte comissoire prohibé par l'art. 2078 C. Civ. (V. infra).

(2) Cependant, il ne faut pas croire que cette sanction fasse toujours défaut. Sans doute, les tribunaux n'ont jamais à juger une convention d'usure apparente, car les prêteurs ne sont pas assez naïfs pour étaler au grand jour leur turpitude. Mais quelquefois ils dissimulent mal la convention usuraire. C'est dans ces hypothèses qu'une sanction pratique, civile ou pénale, peut intervenir. A cet égard, la Cour de Cass. décide qu'il appartient aux juges du fait d'apprécier souverainement le caractère usuraire des contrats, et de décider, notamment, que le prêteur a déguisé sous l'apparence de conventions d'une dénomination quelconque, telles que vente, dépôt, transaction, etc., de véritables prêts usuraires. Cass. 10 janv. 98. S. 99, 1, 424, la note et les renvois.

b) Aussi un parti nombreux réclame-t-il aujourd'hui la suppression de toute limitation du taux de l'intérêt en matière civile, par une réforme analogue à celle opérée par la loi de 1886, en matière commerciale (1). On fait remarquer, au point de vue économique, que l'argent est une marchandise qui doit être soumise, comme toute autre, au libre jeu de la loi de l'offre et de la demande ; qu'au surplus la violation constante dont la loi de 1807 est l'objet, est contraire à la majesté des lois ; enfin, que la prohibition légale, en obligeant l'usurier à se cacher, le rend plus âpre au gain, plus dangereux, de sorte que la loi se tourne précisément contre ceux qu'elle a pour but de protéger (2).

Nous ne saurions approuver cette manière de voir. S'il est vrai que les débiteurs n'aient rien à perdre à la suppression des lois sur l'usure, la loi, la moralité publique ont tout à gagner à leur maintien. Car s'il est contraire à la majesté des lois d'être constamment violées, il l'est bien plus que la loi autorise l'immoralité, le scandale. Or, telle serait la conséquence de

(1) La liberté du taux de l'intérêt s'explique en matière commerciale par les besoins du commerce, du crédit public. Ici, en effet, les risques sont plus considérables, il faut donc pouvoir stipuler un intérêt plus élevé. D'autre part, excepter de l'application de la loi de 1807 les prêts ayant un caractère aléatoire, comme en matière civile (Cpr. Cass. 6 Déc. 1886. D. 87, 1, 312), eût ouvert la porte à un arbitraire dangereux. Il était donc préférable de supprimer ici toute restriction ; d'autant plus que les commerçants sont des gens qui savent généralement se défendre. Ces raisons n'existent pas avec la même force en matière civile.

(2) L'argument le plus sérieux a trait à la répression pénale de l'usure. L'habitude, condition essentielle du délit d'usure, rend l'usurier commerçant. Dès lors, il doit bénéficier de la loi de 1886, qui a établi la liberté de l'intérêt en matière commerciale.

la suppression de la loi de 1807, d'obliger le juge à sanctionner des prêts manifestement usuraires. La moralité publique trouverait, dans cette sanction, un déplorable exemple (1).

Parmi les mesures législatives de protection inspirées par l'intérêt des débiteurs, il convient de signaler les lois nombreuses et les décrets qui ont prorogé les échéances en matière de paiement de loyers ou d'effets de commerce pendant la guerre franco-allemande de 1870-1871. (2) Ces mesures avaient évidemment le caractère d'ordre public.

(1) La liberté de l'intérêt conventionnel existe dans la plupart des pays, en Espagne, en Belgique, en Allemagne. En Italie, la législation a pris quelques mesures de précaution dans l'intérêt des débiteurs. En Suisse, les législations cantonales consacrent des principes différents, dont le Code fédéral des obligations, de 1881, a autorisé la diversité (V. LYON-CAEN et RENAULT. Traité, t. 4, n° 698 bis).

(2) V. lois du 13 août 1870, 21 avril 1871, D. du 7 sept. 1870, 3 janvier 1871.

CHAPITRE II

LOUAGE DE TRAVAIL (1)

La doctrine le définit « un contrat par lequel une personne s'engage à travailler pendant un temps pour une autre, moyennant un prix proportionnel au temps, appelé salaire ». (2)

Le Code civil ne contenait rien, ou presque rien, sur la matière : il y avait, à cet égard, dans le Code, un véritable trou. C'est que les rédacteurs s'étaient bornés à copier Pothier, qui ne s'était point occupé du louage de travail pour plusieurs raisons : 1^o le droit romain ne pouvait lui servir de guide, n'ayant connu que le travail servile ; 2^o la réglementation du travail industriel, sous l'ancienne monarchie, était considérée comme matière de police plutôt que de droit.

Il faut observer, d'ailleurs, que l'insertion des dispositions législatives relatives au contrat de travail, dans le Code civil, pouvait être considérée comme inutile, par suite de l'existence d'une loi contemporaine à sa préparation, la loi du 22 germinal an XI, sorte de « charte donnée par le Consulat à l'industrie pour la relever de sa ruine », mais qui conservait le caractère d'une mesure administrative et de police.

Aussi, ne faut-il pas blâmer trop vertement le légis-

(1) V. PIC, *Législation industrielle*.

(2) PLANIOL, *Précis*, Tome 2, 2^e éd. n^o 1824.

lateur de cette absence de réglementation. S'il n'a pas résolu la question de la nature, des conditions, des effets du contrat de travail, c'est qu'il estimait que cela n'était point son œuvre propre ; en quoi il se trompait, car la position des règles relatives à un contrat est bien du domaine du droit civil. C'est aussi que la plupart des questions qui se sont présentées depuis n'étaient guère posées à cette époque : la Revolution avait détruit la prospérité industrielle de la France, très grande sous Louis XVI, et renvoyé aux armées les ouvriers désormais sans ouvrage. Il a fallu le développement intense de l'industrie au cours du siècle dernier, dû principalement à la création de la vapeur et à l'apparition du machinisme, pour faire naître sérieusement les problèmes de réglementation du travail, de responsabilité des accidents, etc... Aussi, certains auteurs prétendent-ils qu'il y a, à cet égard, dans le Code, non pas un oubli, mais une lacune, parfaitement explicable. (1)

Malgré tout, nous pensons qu'il convient de faire sa place à cette idée, que l'esprit de libéralisme, issu de la Révolution, dont étaient animés les rédacteurs du Code, a pu les conduire à laisser la matière du contrat de travail sous le régime résultant des principes de liberté et d'égalité.

Ces idées ne nous paraissent pas inconciliables.

Quoi qu'il en soit, ce que l'on ne saurait nier, c'est la part extrêmement réduite consacrée par le Code Civil au contrat de travail.

Nous nous proposons de montrer comment ce point

(1) En ce sens, GLASSON, *Le Code Civil et les ouvriers*.

de vue a été développé par les lois postérieures, qui ont apporté, en cette matière, au nom de l'ordre public, de nombreuses restrictions à la liberté individuelle de contracter.

Nous examinerons spécialement dans cette étude : 1^o la question de la réglementation du travail ; 2^o la question des salaires ; 3^o la question des résiliations et congés ; 4^o la question des accidents. Nous dirons quelques mots d'une question moins importante, celle du marchandage. (1)

I. RÉGLEMENTATION DU TRAVAIL DANS L'INDUSTRIE

Les principales limitations en cette matière sont relatives à l'âge, au sexe, à la durée du travail, à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs.

1^o Restrictions relatives à l'âge et au sexe.

Le travail industriel a fait l'objet de lois spéciales qui ont interdit d'employer, dans les ateliers, des enfants trop jeunes. La première en date est celle du 2 mars 1841, provoquée par la publication d'un rapport de M. Villermé, « sur l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures ». Cette loi avait fixé comme minimum l'âge de 8 ans accomplis. Son système a été développé par la loi du 19 mai 1874, remplacée par celle du 2 novembre 1892, laquelle a

(1) Nous laissons de côté la loi du 22 février 1851, relative au contrat d'apprentissage. Ce contrat n'est pas usité dans la pratique.

été, à son tour, complétée par la loi du 30 mars 1900.

Disons quelques mots du système créé par ces deux dernières lois, actuellement en vigueur.

La loi du 2 novembre 1892 est applicable aux enfants, filles mineures et femmes employées à un travail *industriel*, dans quelque établissement que ce soit, alors même qu'il s'agirait d'un emploi accidentel, pourvu toutefois que l'établissement ne soit pas un de ceux que, sous le nom d'atelier de famille, la loi exempte de ses dispositions (art. 12).

La loi s'applique : 1° aux enfants des deux sexes jusqu'à l'âge de 18 ans ; 2° aux femmes de tout âge, sans distinction de nationalité entre Français et étrangers (art. 1 § 2).

Les enfants ne peuvent être employés avant l'âge de 13 ans révolus (art. 13 § 1), sauf s'ils sont munis d'un certificat d'études primaires (art. 2 § 2), à la condition toutefois de justifier d'un certificat d'aptitude physique (art. 2 § 3), ou s'il s'agit d'orphelinats et institutions de bienfaisance, mais encore sous certaines réserves.

D'ailleurs, un examen médical, requis par les inspecteurs du travail, peut toujours renvoyer l'enfant jugé trop faible (art. 2 §§ 1 et 5).

Le travail de nuit est interdit pour les enfants de moins de 18 ans, les filles mineures et les femmes, sous certaines restrictions, pour les travaux souterrains des mines, minières et carrières (art. 4, modif. loi du 30 mars 1900).

Enfin, le repos hebdomadaire est de droit (art. 5 § 1).

L'emploi des enfants des deux sexes âgés de moins de treize ans est, en principe, interdit dans les théâ-

tres et cafés-concerts, comme acteurs, figurants, etc.. (art. 8 § 1 et suiv.).

S'il s'agit de spectacles non sédentaires, la matière demeure régie par la loi du 7 décembre 1874, également applicable pour les théâtres sédentaires, quand les enfants exécutent des tours de force périlleux ou des exercices de dislocation.

Les filles et femmes ne peuvent être employées aux travaux *souterrains* des mines, minières et carrières.

Les enfants du sexe masculin sont admis à ces travaux après 13 ans ou 12 ans, suivant une distinction déjà vue (art. 2).

La durée du travail varie suivant que les enfants ont atteint, ou non, l'âge de seize ans révolus.

Les enfants et jeunes ouvriers de moins de 18 ans ne peuvent être employés qu'aux travaux limitativement déterminés par les règlements d'administration publique (art. 2).

Le travail de nuit est interdit en principe (v. supra).

L'article 12 de la loi du 2 novembre 1892 interdit en outre aux femmes, filles et enfants, certains travaux dangereux, ou excédant leurs forces, ou susceptibles de nuire à leur moralité. La détermination en a été faite par le décret du 13 mai 1893.

Ce décret limite notamment le poids des fardeaux qui peuvent être portés, trainés ou poussés par les jeunes ouvriers ou ouvrières au-dessous de 18 ans, suivant une échelle établie d'après leur âge (art. 11).

Il interdit en outre d'employer des enfants, filles mineures ou femmes à la confection d'écrits, imprimés, affiches, dessins, gravures, etc., contraires aux bonnes mœurs (art. 13).

Enfin, la loi du 2 novembre 1892, complétée et généralisée par celle du 12 juin 1893 et le décret du 10 mars 1894, prescrit certaines mesures d'hygiène et de sécurité dans les ateliers.

Toutes les infractions aux dispositions qui précèdent sont sanctionnées de peines correctionnelles. (Art. 20 et suiv.).

2° Durée du travail dans les manufactures et usines.

En principe, aucune loi ne vient limiter la durée du travail de l'ouvrier. Telle est la règle encore admise pour l'ouvrier indépendant qui travaille chez lui, pour le compte d'un patron, et les domestiques. Mais cette liberté naturelle a été restreinte pour les ouvriers proprement dits.

La loi du 9 septembre 1848 a réduit la journée de travail au maximum de 12 heures de travail effectif. Mais elle ne fut guère appliquée que depuis la loi du 2 novembre 1892 (art. 17), qui chargea les inspecteurs du travail de veiller à son exécution, que jusqu'alors aucun fonctionnaire n'avait eu mission d'assurer.

La loi du 30 mars 1900, fruit de tentatives manifestées depuis longtemps sans succès, et en particulier, de 1879 à 1893, a réduit enfin la journée de travail à un maximum qui était de 11 heures au moment de la promulgation de la loi, et devait descendre, dans un délai de quatre ans, à 10 h. 1/2, puis à 10 heures.

Par exception au principe ci-dessus posé, la durée

du travail effectif journalier des ouvriers adultes peut être augmentée dans une certaine mesure, suivant les indications de la loi, pour un certain nombre d'industrie limitativement déterminées par la loi. (V. loi du 28 mars 1902):

Le repos hebdomadaire est obligatoire. (Art. 5, § I) (1).

3^o) *Hygiène et sécurité des travailleurs dans les établissements industriels.*

La loi du 12 juin 1893 établit certaines prescriptions relatives aux mesures destinées à garantir la sécurité des travailleurs dans certains établissements, où il est fait emploi d'appareils mécaniques.

Lorsque le patron de ces établissements refuse de se conformer à ces prescriptions, il peut être condamné à l'amende, et le tribunal peut ordonner qu'il exécutera les travaux prescrits dans un certain délai, passé lequel son établissement sera fermé par les soins de l'autorité administrative, s'il n'a pas obtempéré.

Dans cet ordre d'idées, citons encore la loi du 29

(1) La loi du 18 novembre 1814 avait proclamé l'interdiction du travail pendant les dimanches et jours de fêtes religieuses reconnues par la loi. Cette loi aurait dû disparaître en 1848, lorsque le catholicisme cessa d'être une religion d'Etat. Sa suppression ne fut opérée que par loi du 12 juillet 1880. Mais cette mesure rendait la main à l'exploitation de l'ouvrier; elle exigeait un remède. Ce fut l'œuvre de la loi du 2 novembre 1892 (art. 5, § I), qui proclama le principe du repos hebdomadaire obligatoire. Le point de vue social de la protection de l'ouvrier est venu ainsi remplacer, avec une base plus large, plus souple, accessible à tous, le point de vue religieux.

décembre 1900, fixant les conditions du travail des femmes employées dans les magasins, boutiques et autres locaux en dépendant, et prescrivant notamment aux patrons de tenir à la disposition de leur personnel féminin un nombre de sièges suffisant pour lui permettre de se reposer.

Toutes ces dispositions de lois reçoivent, du fait des sanctions pénales destinées à en assurer l'exécution, le caractère d'ordre public. C'est dire que les particuliers ne sauraient y déroger par une convention contraire.

II. — DES SALAIRES.

a) Le salaire de l'ouvrier, dans le système du Code, était, pour le tout, saisissable et cessible.

Cela était d'autant plus regrettable que des lois antérieures avaient déclaré insaisissables pour le tout le traitement des ecclésiastiques (loi du 18 nivôse an xi), et pour partie celui des fonctionnaires publics (loi du 21 ventôse an ix), et des officiers de troupe (loi du 19 pluviôse an iii).

La lacune subsista longtemps. On essaya de la combler en faisant appel à l'art. 522 C. Pr. Civ. qui interdit la saisie des instruments de travail et des choses de première nécessité ; mais cette insaisissabilité n'étant point générale (elle excluait, par exemple, la créance du propriétaire), ne constituait pas une protection suffisante. La jurisprudence, de son côté, appliqua ici l'art. l'art 581 C. Pr. Civ., relatif à l'insaisissabilité des sommes ayant un caractère

alimentaire. Mais ce n'était là encore qu'un palliatif. En définitive, on pouvait dire que le salaire de l'ouvrier n'était pas protégé. Cette protection fut l'œuvre de la loi du 12 janvier 1895, relative à la saisie-arrêt sur les salaires et petits traitements des ouvriers ou employés. Cette loi a limité d'une manière étroite la saisie d'une part du salaire, et la cession de l'autre. Pour tout salaire inférieur à 2.000 francs par an, on a établi les règles suivantes :

1^o La saisie n'est admise que jusqu'à concurrence d'un dixième.

2^o Un autre dixième, distinct du précédent, est cessible de la part de l'ouvrier, qui peut aussi le déléguer à ses créanciers.

3^o Un troisième dixième peut être retenu par le patron, à raison d'avances faites par lui.

L'insaisissabilité établie par la loi se justifie d'elle-même. C'est une mesure de protection de l'ouvrier, à qui l'on a voulu assurer les moyens de subvenir à ses propres besoins et à ceux de sa famille. Mais l'incessibilité s'explique par la même pensée de protection : le législateur a voulu empêcher l'ouvrier de se dépouiller volontairement des garanties qu'il lui accordait. L'insaisissabilité protège l'ouvrier contre son patron, l'incessibilité le protège contre lui-même. Cette deuxième disposition n'est en somme, que le corollaire de la première. (1)

b) Il convient de souligner, dans la loi de 1895, la disposition de l'article 4, qui contient la condam-

(1) Suppl. l'exposé des motifs de la loi de 1895 et les explications de M. Régismanset au Sénat, à la séance du 29 juin 1894.

nation du système du troc ou de la compensation (*trucksystem*).

Ce système, originaire d'Angleterre, où il a acquis un développement considérable, réalise un procédé très ingénieux du patron qui veut rentrer dans une partie de ses déboursés, du salaire qu'il a payé à ses ouvriers. Le patron annexe à son usine un « économat », sorte de grand magasin d'approvisionnements, où les ouvriers sont tenus de se fournir des choses nécessaires à leur entretien et à celui de leur famille. L'usinier se double, par ce système, du commerçant, et l'on a vu, en Angleterre, des patrons réaliser de plus beaux bénéfices avec leur économat qu'avec leur industrie.

Cette pratique détestable a été condamnée chez nous par la loi du 12 janvier 1895, art. 4, qui interdit au patron d'opérer des retenues sur le salaire, à titre de compensation pour fournitures, si ce n'est dans des cas strictement déterminés et qui ne peuvent donner lieu à aucun abus (fournitures d'outils et de matériaux).

III. — DES RÉSILIATIONS ET CONGÉS.

L'évolution législative a produit ici deux lois qui sont une application intéressante de la théorie de l'abus du droit, la loi du 27 décembre 1890, modifiant l'art. 1780 du Code civil, et la loi du 18 juillet 1901, garantissant leur travail et leur emploi aux réservistes et territoriaux appelés à faire une période d'instruction militaire.

1^o) *Loi du 27 décembre 1890.*

Cette loi a ajouté à l'article 1780 une série de dispositions relatives au contrat de louage de services conclu sans détermination de durée, au mode de résolution de ce contrat, à la question des indemnités auxquelles cette résolution peut donner naissance. (1)

Sous le système du Code Civil, il était de principe que toute partie liée par un contrat de louage de services, sans durée déterminée, pouvait, à toute époque, résilier le contrat, en donnant congé à l'autre partie, à la seule condition d'observer le délai établi à cet égard par l'usage. Tel fut du moins le système admis par la Cour de Cassation dans deux arrêts de la Chambre Civile du 5 février 1872 (2). Les Cours d'Appel se révoltèrent un moment, mais elles durent se soumettre (3).

Ce système consacrait un état de choses profondément regrettable : le renvoi de nombreux employés, à

(1) L'art. 1780, al. 1, C. Civ. contient la prohibition des engagements perpétuels. C'est là, évidemment, une disposition d'ordre public. Il n'y a d'intéressant à signaler ici que l'application par la jurisprudence du principe qu'on ne peut pas faire indirectement ce qu'il est défendu de faire directement. V. Metz, 25 juillet 1856, D. 58, 2, 87 ; Toulouse, 28 décembre 1892, S. 93, 2, 209. Suppl. Douai 2 février 1850, D. 51, 2, 133, et Lyon, 4 mai 1865, D. 66, 2, 165. Voir Massé et Vergé sur Zachariae, t. 4, p. 707, Colmet de Santerre, Laurent, Guillouard, Dalloz, V^o *Louage d'ouvrage*, n^o 21 et suiv.

(2) Voir D. 1873. I. 63.

(3) Les Cours d'Appel avaient accordé des indemnités, *indépendamment de tout usage*, quand le congé avait été donné d'une façon intempestive, brusquement, sans motifs suffisants : Chambéry, 8 juin 1872 ; Amiens, 10 juin 1872 ; Paris, 17 août 1872.

la veille du moment d'obtenir leur pension de retraite. Et ceux-ci n'avaient droit à aucune indemnité, car la résiliation du contrat étant l'exercice d'un droit, ne pouvait donner lieu à des dommages-intérêts.

Cette injustice provoqua de vives récriminations des employés commissionnés des Compagnies de chemins de fer. C'était peut-être de tous les employés ceux dont la situation était le moins fâcheuse, car elle était sûre, à l'abri de tous aléas, comportait un traitement assez rémunérateur ; mais, précisément pour cette raison, il leur était particulièrement sensible de la perdre. Ils se plaignirent, dans une pétition adressée aux Chambres en 1872. Dix-huit ans plus tard, leurs efforts firent aboutir la loi du 27 décembre 1890. Mais on donna à la réforme une portée plus générale que celle visée par ses promoteurs. Au lieu d'en faire une loi d'exception, applicable seulement à une catégorie privilégiée de travailleurs, on fit une loi générale, applicable à la classe des travailleurs tout entière, et, pour mieux marquer ce caractère, on l'inséra dans le Code.

Le texte nouveau, après avoir rappelé le principe du droit de libre résiliation accordé aux parties, vient restreindre l'exercice de ce droit, en disant que « cette résiliation peut donner lieu à des dommages-intérêts ». Mais, par une indifférence blâmable, le législateur a négligé de dire quand et pour quelle cause les dommages-intérêts seraient dus, laissant à la jurisprudence le soin de résoudre ces deux questions (1).

(1) Cette considération explique que nous soyons obligé de faire à cette place l'examen de la jurisprudence. On ne peut s'en tenir à la loi, qui est muette.

Malheureusement, celle-ci s'est acquittée de sa tâche avec une mauvaise volonté évidente, de nature à faire regretter au législateur la confiance qu'il avait mise en elle. Elle s'est d'abord refusée à admettre que la loi nouvelle eût eu un autre résultat que de consacrer la jurisprudence antérieure (1). Toutefois, elle a dû finir par reconnaître que le patron ne pourrait échapper à une condamnation, à une indemnité pour cause de renvoi, qu'à la condition de prouver qu'il avait un motif sérieux de rompre le contrat (2). Cela revient à dire que le renvoi injustifié peut être désormais une cause de dommages-intérêts. C'est, en définitive, un cas d'application de la théorie de l'abus de droit.

La réforme de la loi de 1890, accordant, dans certains cas, une indemnité à l'ouvrier injustement congédié par son patron, devait avoir comme corollaire l'interdiction faite aux intéressés de renoncer par avance à l'indemnité à laquelle ils pourraient avoir droit. Sans quoi leur premier soin eût été de se dépouiller, par une convention consentie au profit du patron, des garanties qu'on venait de leur donner. De là, la disposition de l'art. 5, nouvel, art. 1780 du C. Civ. al. 5 : « les parties ne peuvent *renoncer* à l'avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts en vertu des dispositions ci-dessus ». (3)

(1) Amiens, 2 janvier 1892, D. 92,2,249 ; Cass. 21 novembre 1893, D. 94,2,137, et 14 novembre 1894, D. 95,1,36.

(2) Trib. Com. de la Seine, 13 octobre 1896 ; Cass. 28 juillet 1897, D. 98,1,16. Comp. Cass. 12 novembre 1900, D. 1901, 1,23.

(3) Cpr. Cass. 9 juin 1896, D. 1897, 1,106. Suppl. Cass. 20 mars 1895, S. 95, 1,317. et Cass. Civ. 18 mars 1902, D. 1903, 1,83.

Il y a quelque incertitude sur le point de savoir dans quelle mesure les clauses de *fixation conventionnelle* d'indemnité peuvent être respectées (1).

La jurisprudence distingue suivant que le forfait dont il s'agit est sérieux ou illusoire. Dans le premier cas, il est validé ; mais, dans le deuxième, il est déclaré nul, car il fait échec à l'application de la loi (2). Ajoutons que la question du caractère du forfait est essentiellement une question de fait, laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Il nous paraît douteux que cette solution soit fondée. La loi est muette, et les travaux préparatoires ne nous fournissent à cet égard que contradiction (3).

Mais, si nous remarquons que l'indemnité de renvoi pour cause injustifiée doit avoir certains caractères, répondre à certains éléments impérativement déter-

(1) Observons qu'il s'agit ici simplement du forfait visant un renvoi sans motifs légitimes. S'il s'agissait d'un forfait prévoyant un renvoi fait en violation d'un délai de congé, nous serions hors du domaine d'application de la loi nouvelle ; et le forfait préalable devrait être validé, par application du principe de l'art. 1134 C. Civ.

(2) Trib. Com. Seine, 9 sept. 1892. D. 93, 2, 545 et la note de M. PLANIOL.

(3) Lors de la discussion de la loi au Sénat, un sénateur, M. LACOMBE, ayant fait observer que, si l'on interdisait le forfait, on organisait le procès « obligatoire », M. TRARIEUX lui répondit que les clauses de cette nature « *feraient forcément la loi des tribunaux*, si ceux-ci étaient appelés à en fixer le caractère ». Il semble donc que, dans la pensée de l'honorable sénateur, le forfait devait être reconnu valable. Mais, un peu plus loin, s'agissant de ce même forfait, M. TRARIEUX ajoutait : « Il n'est point à craindre que la justice néglige de *sanctionner, en se les appropriant*, des conditions qui lui auraient paru loyales et équitables ». Mais si la justice sanctionne, en se les appropriant, les clauses dont il s'agit, il paraît bien certain que ces clauses n'ont point d'effet par elles-mêmes. Qu'est-ce à dire, sinon que la convention fixant un forfait anticipé n'est pas valable, ou, du moins, qu'elle ne peut servir au juge, arbitrant les dommages-intérêts dus, que comme modèle d'une fixation loyale et équitable ? La contradiction est manifeste.

minés par la loi, peut-être aurons-nous la clef de la question. L'art. 1780, al. 4, C. Civ., porte en effet que, « pour la fixation de l'indemnité à allouer, le cas échéant, il est tenu compte des usages, de la nature des services engagés, du temps écoulé, des retenues opérées et des versements effectués en vue d'une pension de retraite, et, en général, de toutes les circonstances qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice causé ». Cela conduit, à notre avis, à annuler la clause fixant par anticipation l'indemnité de renvoi. En effet, les parties ne peuvent, au moment de la conclusion du contrat, envisager les divers éléments du calcul de l'indemnité, dont la loi impose au juge de tenir compte (1).

La distinction de la jurisprudence, selon le caractère sérieux ou illusoire du forfait, doit donc être rejetée comme contraire à la loi (2).

(1) Tel est également l'avis de M. PLANIOL (note sur le jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 9 sept. 1892, précité). (Il s'agissait, dans ce jugement, du forfait anticipé consenti par un employé de commerce). L'auteur observe en outre que la stipulation d'un semblable forfait serait profitable surtout pour les employés de chemin de fer, mais non pour les employés de commerce ordinaires, car, « ce qui importe aux premiers, c'est leur situation ; ce qui plaît aux seconds, c'est le défaut d'attacher leur indépendance ». Nous ne saurions accepter cet argument, qui conduit à faire entre les diverses catégories d'employés une distinction contraire au principe de la loi de 1890.

(2) Notre théorie peut revendiquer pour elle l'autorité de M^r JULIEN GOUJON, qui, lors de la discussion de la loi du 10 juillet 1901, devant la Chambre des Députés (séance du 15 novembre 1900), attaqua vivement la jurisprudence en vigueur, comme méconnaissant formellement la portée de la réforme législative opérée en 1890. Mais il paraît douteux que les vives critiques de l'orateur, qui prétendait même que la loi nouvelle devait être interprétative de la précédente, puissent faire revenir la jurisprudence sur un système aujourd'hui bien établi. (Lois nouvelles 1901, p. 453, article de MM. ODILON-BARROT et GASTON BONNEFOY).

Malgré tout, la portée de l'innovation opérée en 1890 ne paraît pas devoir être considérable, car il existe un moyen de tourner la loi : c'est de n'embaucher l'ouvrier que pour un temps déterminé, à la journée, à la semaine ou au mois. La loi nouvelle n'étant faite que pour le louage de services sans durée déterminée, ses dispositions ne sauraient être applicables dans ce cas. Les parties seraient seulement tenues ici à l'observation du délai de congé. Ce procédé, dont M. Buffet fit la remarque au Sénat, a été formellement reconnu valable par la jurisprudence (1).

2°) *Loi du 18 juillet 1901.*

Cette loi, qui n'est, en un sens, qu'un nouveau cas d'application de la théorie de l'abus du droit, sanctionné par la loi précédente, a pour but d'empêcher que l'appel sous les drapeaux, en qualité de réserviste ou de territorial, d'un patron ou d'un ouvrier, ne soit une cause de rupture du contrat de travail intervenu entre eux.

Comme la plupart des lois relatives au contrat de travail, et, en particulier, la loi du 27 Décembre 1890, c'est une loi réciproque, c'est-à-dire accordant des droits égaux au patron et à l'ouvrier, dans leurs rapports respectifs. Mais il évident qu'elle est surtout avantageuse pour l'ouvrier, qui souffre en général plus que le patron de la rupture du contrat de

(1) Cass. 20 Mars 1895, D. 95, 1, 313.

travail. C'est d'ailleurs ce qui manifeste le titre de la loi (1).

Bornons-nous à donner une idée générale de cette loi.

Elle s'applique à toutes catégories d'ouvriers, de la campagne aussi bien que de la ville ; elle ne vise que les périodes d'instruction militaire obligatoires, le cas d'appel impératif sous les drapeaux, pour l'accomplissement des périodes de 28 jours ou 13 jours, comme réserviste ou territorial.

Elle décide que l'appel sous les drapeaux ne pourra jamais être une cause de rupture du contrat de travail (art. 1), et que la durée de la période militaire est exclue du délai de congé, sauf au cas d'entreprise temporaire prenant fin pendant la période d'instruction militaire. (Art. 2).

En cas de violation de ces règles, la partie lésée aura droit à des dommages-intérêts, arbitrés conformément à l'art. 1780 C. Civ. (Art. 3).

Enfin, suivant l'art. 4, « toute disposition contraire aux dispositions qui précèdent est nulle de plein droit. »

On remarquera la différence de rédaction entre cet article et l'art. 4 de la loi du 27 Décembre 1890, (nouvel art. 1780 § 5) : « Les parties ne peuvent renoncer à l'avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts en vertu des dispositions ci-dessus. » Tandis que ce dernier article ne défend que la *renon-*

(1) « Loi garantissant leur travail et leur emploi aux réservistes et aux territoriaux appelés à faire une période d'instruction militaire. »

ciation anticipée au droit indemnitaire, l'art. 4 de la loi du 18 juillet 1901 défend toute disposition contraire aux principes qu'elle établit, c'est-à-dire notamment au principe de l'indemnité calculée conformément aux données de l'art. 1780 § 4 C. Civ., auquel elle renvoie. En d'autres termes, la loi nouvelle interdit tout *forfait* anticipé d'indemnité. Le texte n'est peut-être pas très clair en ce sens, mais cette interprétation résulte, à n'en pas douter, des explications qui ont été fournies à la Chambre par M^e Julien Goujon, qui a voulu éviter, pour la loi de 1901, les hésitations manifestées par la jurisprudence dans l'application de la loi de 1890. (Séance du 15 Novembre 1900) (1).

IV. — DES ACCIDENTS DU TRAVAIL.

Loi du 9 avril 1898. — Cette loi accorde à l'ouvrier victime d'un accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail, une indemnité ou pension forfaitaire et transactionnelle, invariable pour chacune des incapacités temporaire, partielle permanente, absolue permanente. Dans le cas de mort de l'ouvrier, le conjoint survivant et les enfants, légitimes ou naturels, reçoivent des rentes, viagère pour le conjoint, temporaire pour les enfants (jusqu'à l'âge de 16 ans) ; les ascendants et descendants ont également droit, les premiers à une rente viagère, les seconds à une rente temporaire, mais uniquement dans le cas où la victime ne laisse pas d'enfant.

(1) V. Lois nouvelles, op. et loc. cit.

En outre, l'article 4 de la loi met à la charge du chef d'entreprise : 1^o les frais funéraires, dont le maximum est fixé à 100 fr.; 2^o les frais médicaux et pharmaceutiques, jusqu'à concurrence de la somme fixée par le juge de paix, conformément aux tarifs adoptés dans chaque département pour l'assistance médicale gratuite, si la victime a fait choix elle-même de son médecin.

Enfin, la loi organise une procédure simplifiée.

Ce qui fait l'originalité de cette loi, c'est la théorie du risque professionnel : ce risque est la base de l'indemnité allouée à l'ouvrier victime d'un accident du travail.

Jusque-là, l'ouvrier victime d'un semblable accident était soumis aux règles du droit commun : il ne pouvait obtenir une indemnité que conformément à l'art. 1382 C. Civ., en démontrant la faute du patron, preuve extrêmement difficile, qui le laissait la plupart du temps sans recours. (1) D'ailleurs, la plupart des

(1) Pour remédier à cette situation fâcheuse, la doctrine avait essayé d'instaurer successivement deux systèmes. 1^o Un premier système, défendu en Belgique par M. SAINTELETTE, et, en France, par M. SAUZET, substituait à la responsabilité délictuelle du patron, basée sur l'art. 1382, le principe d'une responsabilité contractuelle, basée sur l'obligation du patron, née du contrat de travail, d'assurer la sécurité de l'ouvrier. Ce système aboutissait en pratique au renversement de la preuve (V. notes dans Sirey, 85, 4, 25, 86, 2, 97). Mais il était peu satisfaisant, car il laissait aux patrons le moyen d'échapper à toute responsabilité, en faisant, par avance, renoncer l'ouvrier à toute indemnité, pour le cas d'accident. D'autre part, en théorie, il était inexact de dire que l'obligation du patron d'assurer la sécurité de l'ouvrier pouvait naître du contrat de travail : cette obligation naît de la loi, comme c'est le cas de toute obligation légale, alors même que les particuliers l'expriment dans leur convention. Aussi ce système n'a-t-il eu en France aucun succès (C. de Rennes, 20 mars 1893, D. 93, 2, 526). 2^o On a cherché

accidents qui surviennent dans l'industrie ne sont point de la faute du patron. Ils sont plutôt la conséquence du développement de l'industrie moderne, du machinisme. Mais il est juste que celui qui retire les profits de cette industrie, le patron, en supporte également les pertes. C'est pourquoi le préjudice de l'accident est mis, dans tous les cas, à sa charge, sauf, bien entendu, l'hypothèse où la victime de l'accident a intentionnellement provoqué celui-ci, et sous la réserve de certaines distinctions à faire, suivant la nature de l'incapacité subie, dans le cas de faute inexcusable de l'ouvrier ou du patron.

La loi de 1898, a-t-on dit, réalise une « haute pensée de concorde et d'apaisement ». Cela est exact. Mais elle est encore plus une loi socialiste, c'est-à-dire une loi de protection ouvrière. Et ce caractère est marqué par ce fait que ses dispositions ne s'appliquent pleinement qu'aux personnes dont le salaire annuel ne dépasse pas 2.400 francs. Pour le surplus, quand la victime gagne davantage, elle n'a droit qu'au quart des rentes et indemnités déterminées par la loi (art. 2, al. 2).

alors a soutenir un deuxième système, suivant lequel le patron pouvait être déclaré responsable en qualité de propriétaire de la chose qui avait tué ou blessé un ouvrier. Ce système parut un moment admis par la jurisprudence de la Chambre civile de la C. de Cass. (16 janvier 1896, D. 97, 1, 433 et note Saleilles). Mais il fut repoussé par la Chambre des requêtes (30 mars 1897, D. 97, 1, 441). En définitive, les généreuses tentatives de la doctrine et peut-être aussi les timides essais de la jurisprudence avaient échoué devant les principes rigides du droit. Mais ces essais avaient pour résultat de préparer l'avènement de la loi de 1898, qui devait réaliser, par la théorie du risque professionnel, des desiderata depuis longtemps formulés.

Cela étant, il fallait empêcher l'ouvrier de se dépouiller du bénéfice de la loi nouvelle, c'est-à-dire le protéger contre lui-même (1).

De là, l'article 30, ainsi conçu : « Toute convention contraire à la présente loi est nulle de plein droit ».

Il suit de là que toute convention entre patron et ouvrier, modificative de la loi de 1898, *antérieure* à l'accident, serait nulle.

Mais que décider des conventions *postérieures* à l'accident ?

La question n'est pas contestée pour les incapacités temporaires, qui ne donnent pas lieu à enquête, et dont les juges de paix ne sont pas saisis d'office. Ajoutons que la loi elle-même autorise la substitution d'un capital aux pensions qui ne sont pas supérieures à 100 francs.

Mais, même pour les incapacités permanentes, la question ne saurait, à notre avis, faire de doute. Cela résulte jusqu'à l'évidence de la disposition qui appelle les parties devant le président pour se concilier avant l'instance (art. 16). A quoi servirait la tentative de conciliation, si les parties n'avaient pas le droit de transiger ? Observons, d'ailleurs, que la principale raison qui milite contre la validité de conventions

(1) « Il était nécessaire de prévenir les graves inconvénients qui pouvaient naître de conventions plus ou moins librement consenties, plus ou moins sincèrement reconnues entre patrons et ouvriers et qui tendraient à modifier ou à faire disparaître les garanties nouvelles que le législateur aurait jugées indispensables pour assurer la justice dans l'application de la responsabilité professionnelle en matière d'accidents ». (Rapport de M. Duché à la Chambre, du 28 novembre 1877)

anticipées, — le danger d'abus d'influence, — n'existe pas ici (1).

Maintenant, la question se pose de savoir ce qu'il faudrait décider d'une convention antérieure à l'accident, par laquelle le patron et l'ouvrier conviendraient que le taux de l'indemnité sera augmenté. De l'esprit favorable de la loi, nous croyons devoir tirer cette conséquence que pareille convention devrait être validée. Mais cette solution est contraire au texte de la loi. Aussi eût-il été préférable que la volonté du législateur se fût clairement manifestée à cet égard (2).

Loi du 22 mars 1902. — On a vu qu'aux termes de l'art. 2 de la loi du 9 avril 1898, les dispositions de cette loi n'étaient entièrement applicables qu'aux ouvriers dont le salaire annuel ne dépasse pas 2.400 francs. Pour le surplus de cette somme, ceux-ci ne devaient avoir droit qu'au quart des rentes ou indem-

(1) Cette solution est fortifiée par les explications de M. RICARD, rapporteur, à la Chambre des députés (séance du 10 juillet 1888, *J. off.* du 11, déb. parl., p. 2068) et le premier rapport de M. THÉVENET au Sénat, confirmé par les explications de ce sénateur à la séance du 24 mars 1896 (*J. off.* du 25, déb. parl., p. 396).

(2) Une disposition additionnelle à l'art. 30, tendant à autoriser expressément cette majoration conventionnelle de l'indemnité, fut présentée au Sénat, en 1898, par M. GRIVART (Sénat, séance du 19 mars 1898, *J. off.* du 20, déb. parl., p. 250). L'amendement fut repoussé en séance publique, sur cette observation de M. FAYE : « Ce sera un acte de bienfaisance que le patron aura toujours le droit d'accomplir ». Il semble résulter de là que la majoration conventionnelle de l'indemnité, antérieure à l'accident, n'aurait nullement le caractère indemnitaire, en dépit de la volonté des parties, même conforme à la réalité des faits. Ce serait une véritable donation, à laquelle il faudrait, par suite, appliquer les règles admises en matière de donations (rapport, réserve, etc.); bien entendu, elle n'aurait pas droit aux garanties spéciales édictées par la loi de 1898. C'est là une solution éminemment regrettable.

nités stipulées à leur profit, « à moins de conventions contraires *quant au chiffre* de la quotité ».

Cette réserve de la loi semblait indiquer que, pour la portion du salaire supérieure à 2.400 francs, les parties recouvreraient leur entière liberté et que, par conséquent, elles pouvaient aussi bien restreindre le taux de l'indemnité, que l'augmenter. La loi du 22 mars 1900 est venue repousser formellement cette interprétation, en n'autorisant que les conventions contraires « *élevant le chiffre de la quotité* » (1).

La question avait paru douteuse, en présence des termes de la loi de 1898. On voit que, par la solution que la loi nouvelle lui donne, s'affirme d'une façon encore plus marquée le caractère de protection de la législation en cette matière (2).

(1) On lit à cet égard dans le rapport de M. Mirman, à la Chambre des députés, du 14 mai 1901 : « Le législateur a prévu et permis sur ce point, « les conventions quant au chiffre de la quotité » ; il n'a jamais été dans sa pensée de faire ici allusion à des conventions qui diminueraient le chiffre de cette quotité ; il ne pouvait s'agir, à ses yeux, que de celles qui élèveraient ce chiffre, et c'est ce que nous vous proposons de dire expressément ». (V. SIREY, 1902, « Lois annotées », p. 306).

(2) De l'esprit de la réforme opérée en 1902, il résulte que l'indemnité forfaitaire favorable fixée par les parties pour la portion du salaire supérieure à 2.400 francs, conserve un caractère indemnitaire, pourvu, bien entendu, qu'il s'agisse réellement d'une indemnité, et non pas d'une donation déguisée sous ce titre. Cela étant, il paraît difficile de ne pas considérer, sous la même réserve, comme ayant le caractère indemnitaire, et non point celui d'une donation, la fixation forfaitaire favorable d'indemnité relative à la portion du salaire inférieure à 2.400 francs. (V. ci-dessus p. 84, et note 2). Il y a, dans l'un et l'autre cas, même raison de décider. Néanmoins il nous paraît douteux que cette solution dût être admise, devant l'incertitude des travaux préparatoires de la loi de 1898, la loi nouvelle ne décidant que pour la portion de salaire supérieure à 2.400 francs. — Il est vraiment regrettable qu'une plus grande unité de vues n'ait pas guidé le législateur.

V. — DU MARCHANDAGE (1).

On entend par là l'action d'un ouvrier qui sous-entreprend certaines parties de travaux, et les fait exécuter par d'autres ouvriers, sous ses ordres directs.

Le marchandage fut supprimé comme « injuste, vexatoire et contraire au principe de la fraternité », par le décret du 2 mars 1848, et son abolition fut même sanctionnée de peines correctionnelles. (Arrêté du 21 mars 1848).

Les adversaires du marchandage faisaient valoir qu'il était immoral de voir un tâcheron sans instruction supérieure, sans connaissances spéciales, exploiter, en dépit de la communauté d'origine, son compagnon de travail, de misère, et vivre en quelque sorte à ses dépens. Sans compter que précisément, à cause de cette communauté d'origine, l'ouvrier était moins armé, moins en défiance, et offrait une proie plus facile au spéculateur. Enfin, la présence d'un intermédiaire avait pour résultat de réduire le salaire de l'ouvrier (1).

Aujourd'hui, l'opportunité de cette suppression est contestée. On a fait valoir que le marchandage était un procédé avantageux, dont il était difficile de se passer dans la pratique, qui assurait une exécution du travail meilleure et plus prompte, permettait aux

(1) Voir Cass. Crim. 4 février 1898, D 98. 1, 269, le rapport de M. le conseiller ROULIER et la note de M. APPLETON, notamment sur la non-abrogation des décrets de 1848 par la Constitution de cette même année.

(2) Voir l'arrêt précité de la C. de Cass. du 4 février 1898.

ouvriers capables de s'élever progressivement au patronat, enfin était profitable aux ouvriers eux-mêmes employé par le tâcheron (1).

Quoi qu'il en soit de la bonté de ces raisons, le fait de l'abrogation de marchandage est certain, et l'on ne discute plus que sur sa portée.

Les décrets de 1848 ont-ils aboli le marchandage d'une façon absolue, ou n'ont-ils entendu condamner que l'exercice *abusif* de ce droit, réalisant l'exploitation de l'ouvrier, par l'avilissement des salaires, au profit du tâcheron? C'est à ce dernier système que s'est, après quelques hésitations, rangée la jurisprudence, s'appuyant sur les termes mêmes du décret, qui vise « *l'exploitation* de l'ouvrier par voie de marchandage » (2).

C'est un nouveau cas d'application législative de la théorie de l'abus du droit.

(1) PLANIOL, op. cit., tome II, 2^e éd., n^o 1928 et suiv.

(2) Cass. 4 février 1898, précité; Cass. Crim. 16 février 1900, D. 1900, I. 209; Cass. Chambres réunies, 31 janvier 1901, D. 1901, I. 169.

CHAPITRE IV

PROTECTION DE LA PETITE ÉPARGNE

Tel est le but de la loi du 12 mars 1900, tendant à réprimer les abus commis en matière de vente à crédit de valeurs de Bourse (1).

Ces abus, antérieurement à la loi nouvelle, étaient nombreux (2). Des banquiers de la capitale, dont la vente à tempérament de valeurs de bourse constituait la très-fructueuse spécialité, envoyaient en province leurs agents ; ceux-ci débarquaient dans un petit village, généralement éloigné des grands centres, pénétraient chez l'habitant, lui faisaient la proposition, — toujours avantageuse, à leur dire, — de lui vendre, à long terme, et pour un premier versement très minime, une valeur à lots, qui devenait immédiatement sa propriété. Et souvent, le villageois, ébloui par la faconde habile de son interlocuteur, fasciné par l'appât d'un gros lot qu'on faisait miroiter à ses yeux comme le fruit probable de l'opération, souscrivait à un contrat extrêmement désavantageux, réalisant une majoration

(1) D. 1900, IV, p. 29, note.

(2) V. le rapport de M. CORDELET au Sénat, séance du 18 décembre 1893, rapporté au Dalloz, précité. — Consulter généralement sur tous ces points : HENRY VALLAT : « Des ventes à tempérament de valeurs de bourse et d'objets mobiliers », thèse, Montpellier, 1900.

quelquefois énorme des titres vendus, des $\frac{3}{5}$, des $\frac{3}{4}$, et même des $\frac{9}{10}$!

La loi du 12 mars 1900 essaya de réprimer ces abus, en soumettant les ventes à tempérament à des conditions de forme et de fond assez rigoureuses. Quant à la forme, cette loi prescrit l'obligation pour les parties de rédiger un acte écrit, pour constater la vente (art. 2). Cet écrit, qui est rédigé en double exemplaire, doit contenir mention de la valeur en Bourse du titre vendu, le numéro de ce titre, le prix total de la vente, le montant des frais de recouvrement, le taux de l'intérêt, les délais et conditions du paiement (*ibid.*). Quant au fond, la loi pose les règles suivantes : 1^o limitation à deux ans de la durée du crédit (art. 3), 2^o obligation pour le vendeur de conserver le titre vendu (art. 4) ; 3^o interdiction de déroger aux règles ordinaires de la compétence (art. 6). Enfin, ces mesures ont été complétées par l'interdiction faite aux maisons de vente à tempérament de prendre le titre de « Caisses d'épargne ». (1).

En dépit de ces mesures, le mal a persisté. A la vérité, il a été atténué, et ce résultat est attesté par ce fait que d'une douzaine de Maisons de vente à tempérament qui existaient à Paris, avant la loi du 12 mars 1900, il ne subsiste plus aujourd'hui que quelques-

(1) Cette disposition, par laquelle le législateur de 1900 a voulu éviter que les établissements visés inspirassent à leur clientèle une confiance excessive, paraît naïve. Les Maisons de vente à tempérament, à qui l'appellation de « Caisse d'épargne » est interdite, ne se gênent pas pour prendre d'autres titres, aussi alléchants pour le public, tels que ceux de Caisse d'économie nationale, de crédit, etc. — Cette disposition fait d'ailleurs double emploi avec l'art. 13 de la loi du 20 juillet 1895, sur les Caisses d'épargne, qui avait déjà édicté une prohibition semblable.

unes. Mais l'habileté des agents dont se servent ces Maisons, en même temps que l'ignorance du public, que séduit la chance du gros lot, font chaque jour de nouvelles victimes (1). De nombreuses décisions de jurisprudence viennent démontrer que le mal n'a pas été attaqué dans sa racine (2). Peut-être la solution de l'avenir est-elle la suppression des ventes de cette nature, si ce n'est la prohibition plus radicale de toutes les valeurs à lots, condamnables au point de vue de la morale, en ce qu'elles développent des désirs irraisonnés, causent de nombreuses déceptions, détruisent l'énergie du caractère et la noble ambition de devoir sa fortune à son travail.

Les ventes à tempérament portent quelquefois sur des objets d'usage ou de consommation (machines, ameublement, etc.). L'absence de réglementation en cette matière (car la loi est spéciale aux titres de Bourse), rend possibles des abus analogues à ceux

(1) A ces considérations on ajoute que la loi de 1902 exclut de son application les valeurs non cotées à la Bourse. Cela est exact. Mais il ne faut point exagérer ce danger, car ces sortes de valeurs ne sont, en fait, que très rarement offertes aux clients. La plupart des Maisons spéculent, au contraire, sur des valeurs sérieuses, dont la réputation ajoute à l'apparence honnête de leurs propositions. Or ces valeurs sont généralement cotées en Bourse.

(2) Cass. civ. 22 janvier 1902 (*LHOTE c. PERSONNE et PETIT*), *Gaz. Pal.* 14 janvier 1902. (Dans cette affaire, 4 valeurs à lots, valant de 225 à 230 francs étaient vendues 495 fr., soit avec une majoration de près du double). Trib. civ. Lyon, 1^{re} chambre, 22 mars 1902 (*BRETAULT, BLOUNTSCHLI et C^{ie} c. D^{lle} FONCELLE*) ; Cass. req. 30 avril 1900 et Cass. civ. 14 janv. 1902, D. 1903, I, 217, note G. *LELOIR*. — Mais tout en reconnaissant la validité des ventes à tempérament, qui n'est plus sérieusement contestée depuis la loi nouvelle, les tribunaux reprouvent par de justes motifs les maisons qui se livrent à des opérations de cette nature. Paris, 8^e ch., 28 mars 1900, *Gaz Pal.*, 3 mai 1900 ; Trib. d'Abbeville, 18 mai 1900, D. 1900, 2. 11.

que la loi nouvelle a voulu corriger. Ces abus ont motivé, en Autriche, la loi du 27 avril 1896, extrêmement sévère. Toutefois le danger est ici moins considérable qu'en matière de titres de Bourse, car d'une part il s'agit d'objets dont le public connaît généralement mieux la valeur, et, d'autre part, aucune chance de lot n'étant attachée aux ventes de cette espèce, le public se laisse moins facilement entraîner à acheter.

TROISIÈME PARTIE

Action de la Jurisprudence

La question de conception de l'ordre public et des bonnes mœurs se trouve ici intimément liée à la question de délimitation. Comment la jurisprudence conçoit-elle l'ordre public, les bonnes mœurs? On ne peut s'en rendre mieux compte qu'en étudiant les efforts qu'elle a faits pour étendre son pouvoir d'appréciation à cet égard. Toutefois les cas d'application non controversée des doctrines du Code nous révéleront la question de conception seulement.

CHAPITRE PREMIER

CAS D'APPLICATION NON CONTROVERSÉE DU SYSTÈME DU CODE CIVIL

L'examen de la jurisprudence nous montre ici l'application rationnelle des théories de la cause et de la condition, ainsi que des idées générales que nous avons indiquées comme directrices de l'esprit

du juge, relativement à la conception de l'ordre public et des bonnes mœurs. Nous étudierons sous ce chapitre les cas les plus intéressants de cette application : 1^o Contre-lettres en matière d'offices ministériels ; 2^o Mise en société d'offices ministériels ; 3^o Contrats d'accaparement ; 4^o Clauses d'interdiction de concurrence ; 5^o Condition de viduité ; 6^o Promesse de crédit politique ; 7^o Conditions relatives aux successions ; 8^o Clauses d'inaliénabilité ; 9^o Clause commissaire.

1^o) Contre-lettres en matière d'offices ministériels.

Dans un sens large, on appelle contre-lettre tout acte caché passé entre les parties, destiné à modifier les effets d'un acte apparent.

La contre-lettre est d'un usage particulièrement fréquent en matière de cessions d'office.

On sait à quoi, juridiquement, se résout pareille cession : ce n'est pas la vente proprement dite de l'office, car les fonctions publiques, placées hors du commerce, sont inaliénables ; c'est la vente du droit de présentation d'un successeur à l'agrément de la Chancellerie, que la loi reconnaît au titulaire, (loi du 28 Avril 1816, art. 91).

L'Etat charge les Parquets du soin de surveiller la cession des offices de toute nature ; c'est le Procureur de la République qui instruit toutes les demandes de cessions d'offices de l'arrondissement : c'est lui qui est chargé, sous le contrôle du Procureur général, de donner son avis sur la validité du traité de cession

qu'examine à son tour, et en dernier ressort, la Chancellerie (1).

Cet examen se justifie par des considérations pratiques de premier ordre. Il arrive souvent, en effet, que la valeur en capital de l'office n'est pas en harmonie avec le prix que la base légale d'évaluation permet de lui attribuer. Les circulaires de la Chancellerie ont fixé à cet égard un taux minimum de capitalisation (2) : le prix porté au traité de cession ne doit pas être trop considérable par rapport à la moyenne des produits de la charge, de façon que le taux ne soit pas inférieur au minimum imposé. C'est là une sage mesure, destinée à éviter qu'en achetant son étude à des conditions trop onéreuses, le cessionnaire ne soit tenté de pressurer ses clients, pour rentrer dans ses fonds, faire face à ses obligations, tenir convenablement son rang. Pour veiller à l'observation de ces règles, la loi a institué le contrôle du ministère public : celui-ci dénonce rigoureusement les cessions d'office qui lui paraîtraient ne pas satisfaire aux prescriptions légales, et la Chancellerie, dans ce cas, s'oppose au traité.

Pour éviter cet examen des magistrats, les parties ont recours au procédé fréquent de la contre-lettre, par laquelle elles stipulent qu'une certaine somme sera payée en sus du prix apparent porté au traité de cession. Mais la jurisprudence se montre, en cette

(1) LE POITTEVIN, « Dictionnaire des Parquets », V° Cession d'office; MASSABIAU, « Manuel du Ministère public, » V° Offices ministériels.

(2) Ce taux est de 15 % pour les notaires. (Circ. Chanc. du 1^{er} Mars 1890).

matière, à bon droit sévère. Sans aller toutefois jusqu'à prononcer la nullité du traité entaché de fraudes (1), elle déclare la contre-lettre nulle de nullité radicale ou absolue (2), et autorise le cessionnaire, même quand il s'est rendu complice de la fraude, soit à demander judiciairement la réduction du prix qu'il avait promis de payer (3), soit à répéter les sommes indûment payées au-delà du juste prix en exécution de la contre-lettre (4). Elle proclame d'ailleurs qu'une transaction ne peut intervenir sur pareille demande, en raison de son caractère d'ordre public.

Inutile sévérité ! l'observation scrupuleuse de la contre-lettre par les parties enlève le plus souvent toute portée pratique aux prohibitions de la loi (5).

(1) Dijon, 26 janvier 1894, D. 96, 2, 11 ; Cass. 6 février 1894, D. 94, 1, 285.

(2) Est nulle, en conséquence, la clause pénale ayant pour but d'en assurer l'exécution. V. Dijon précité et Cass. 18 mars 1895 D. 95, 1, 346, S. 96, 1, 11. De même le cautionnement portant sur l'engagement pris par le cessionnaire de payer le montant de la réduction qu'a subie le prix convenu entre les parties (Cass. 18 mars 1895, précité).

(3) Amiens, 4 juillet 1894, D. 95, 2, 44.

(4) Cass. 22 mai 1889, D. 89, 1, 471, S. 89, 1, 452 ; 7 janvier 1891, S. 92, 1, 449, note CHAVEGRIN ; 4 novembre 1895, D. 96, 1, 234. ADDE Bourges, 18 novembre 1890, D. 92, 2, 21, S. 92, 2, 241 ; Orléans, 13 février 1891, D. 92, 2, 241, 21 juillet 1893, D. 94, 2, 342, S. 93, 2, 237, et 7 juin 1894, S. 95, 2, 70 ; Cass. req. 18 mars 1895, cité à la note 2 ci-dessus.

(5) En fait, il est la plupart du temps impossible aux magistrats du ministère public de découvrir la supercherie. La Chancellerie exige des parties l'attestation écrite de la sincérité du prix porté au traité de cession, mais ce serait de la naïveté d'ajouter une foi aveugle à cette déclaration. La contre-lettre est aujourd'hui, en matière de cessions d'offices, d'une pratique courante. Cela tient à ce que le taux minimum de capitalisation imposé par la Chan-

2°) *Mise en société d'offices ministériels*

Les offices ministériels ne peuvent être quelquefois acquis qu'à un prix élevé, inaccessible aux jeunes gens sans fortune personnelle. Ne peut-on mettre ces offices en société, de telle sorte que la charge, n'ayant qu'un titulaire apparent, appartienne en réalité à plusieurs personnes qui s'en partageront les bénéfices et, à la dissolution de la Société, le prix de cession ?

Cette question a fait, au milieu du siècle dernier, l'objet de discussions assez vives. Dans le sens de l'affirmative, on faisait valoir que la loi de 1816 ayant fait de l'office une valeur patrimoniale, celui-ci admettait, comme les biens ordinaires, la co-propriété. Mais, en sens inverse, on soutenait que la responsabilité d'un officier ministériel, condition nécessaire d'une bonne gestion, supposait implicitement la liberté ; or, celle-ci n'existait point si le titulaire était obligé de subir l'immixtion de ses co-associés. « L'obligation de partager les bénéfices et la responsabilité avec un étranger sans qualité a un objet contraire à l'ordre public, et par conséquent la cause de l'obligation du co-associé de verser son apport est également illicite. » (1)

cellerie est beaucoup trop élevé, n'est plus en harmonie avec la valeur économique de l'office, considéré comme source de revenus. Peut-être vaudrait-il mieux supprimer, en droit, toute réglementation à cet égard. L'intérêt des parties, ou de l'office, n'en serait pas plus compromis, et la loi y gagnerait de n'être pas constamment violée.

(1) V. ARBUS, op. cit. p. 81 et suiv. et les auteurs qu'il cite.

Ce dernier système a prévalu en jurisprudence, relativement à toute espèce d'offices. Mais, en 1850, certaines Cours d'Appel avaient admis la validité de la mise en société d'offices d'agents de change. (2) La Cour de Cassation a réformé ces décisions. (3)

Pour mettre fin à cette divergence, la loi du 2 juillet 1862, modifiant l'art. 75 du Code de Commerce, est venue décider que la mise en société de charges d'agents de change serait à l'avenir permise, à la condition que le titulaire soit propriétaire en son nom personnel du quart au moins de la somme représentant le prix de l'office et le montant du cautionnement. (4)

Cette loi n'a pas eu pour but que de clore une controverse de jurisprudence. Elle se justifie d'elle-même par la considération du prix extrêmement élevé des charges d'agents de change, auxquelles elle s'applique exclusivement. Ajoutons que, pour ces sortes d'offices, l'indépendance du titulaire vis-à-vis de ses co-associés a été considérée comme présentant un moindre intérêt.

Depuis la loi du 2 juillet 1862, le principe de la nullité de la mise en société d'offices ministériels autres que ceux des agents de change, n'est plus contesté. Il ne faut pas toutefois exagérer la portée de cette nullité. Elle s'applique à toutes les conventions qui auraient pour effet de créer au profit d'un tiers un véritable

(2) Paris, 15 juin 1850, S. 50, 2, 433 ; Lyon, 9 décembre 1850, S. 50, 2, 634.

(3) Cass. Req. 15 décembre 1851 et 5 février 1852, S. 52, 1, 71.

(4) On a voulu par là intéresser le titulaire apparent à la prospérité de l'office, afin d'assurer sa bonne gestion.

droit de propriété ou, tout au moins, de co-propriété sur l'office. Mais toute convention par laquelle le titulaire se bornerait à disposer des produits de l'office, en ne conférant à la personne vis-à-vis de laquelle il s'engage qu'un simple droit personnel, un droit de créance sur lui-même, sans affecter par ailleurs la propriété de l'office, demeurerait pleinement valable. C'est ainsi que la jurisprudence a validé le traité par lequel un avoué s'engage à partager les produits de son étude avec son maître-clerc (1). De même la convention par laquelle le cessionnaire d'une office s'engage à partager, pendant un certain temps, avec le cédant les produits de cet office, en représentation du prix de cession, a été déclarée valable par les tribunaux (2).

3°) Contrats d'accaparement (3)

La loi érige en délit et punit de peines correctionnelles la coalition entre les principaux détenteurs d'une marchandise, lorsqu'elle a eu pour but et pour résultat effectif de fausser les prix (art. 419 et 420 C. Pén.).

Cette disposition a persisté en dépit des lois posté-

(1) Riom, 22 juillet 1842, D. Rép., V^o. Société, n^o 168.

(2) Toulouse, 24 nov. 1835. D. Rép., *ibid*, n^o 167. Il s'agissait dans l'espèce des produits d'un office de notaire. Mais la portée de l'arrêt est plus considérable et s'étend à toutes sortes d'offices.

(3) V. PIC, « Législation industrielle », *passim*, et en particulier les n^{os} 303 et suiv., 590 et suiv., qui contiennent une bibliographie complète de la question. C. BROUILHET : « Les ententes industrielles et commerciales », Paris, 1895.

rieures (1) et son application donne lieu aujourd'hui à d'assez nombreuses décisions de jurisprudence.

La coalition de producteurs, que l'on a désignée sous le nom générique d'entente (2), affecte principalement les trois formes suivantes :

1^o *Le Corner*. — Le corner est une « coalition éphémère de spéculateurs, en vue d'accaparer un produit, brut ou manufacturé, et de provoquer une hausse artificielle des cours par la raréfaction du marché » (3). Ce qui caractérise essentiellement cette forme d'entente, c'est la brièveté de sa durée et la rapidité de son action ; profitant de la hausse factice des cours qu'elle a créée, elle écoule vivement sa marchandise, puis disparaît, avant que les prix aient repris leur cours normal.

2^o *Le Cartel ou Kartell*. — A la différence du système précédent, le cartel est une institution assez durable. C'est, sous la forme d'un accord plus ou moins étroit, une association qui a pour but de grouper les industriels fabriquant le même produit, en vue de prévenir la surproduction ou l'avisement des prix par des procédés variables, tels que la fixation d'un prix comme minimum, la répartition des débouchés et

(1) Loi du 25 mars 1864, modif. les art. 414 à 416 C. Pén., qui remplace par le nouveau délit d'atteinte à la liberté du travail le vieux délit de coalition, issu des lois révolutionnaires ; loi du 21 mars 1884, sur les syndicats professionnels, abrogeant l'art. 416 C. Pén., réprimant les *atteintes légères* à la liberté du travail ; loi du 28 mars 1885, sur les marchés à termes, etc.

(2) BROUILHET, op. cit.

(3) PIC, op. cit., n^o 592, p. 411.

des commandes, la réglementation de la production, etc..

3^o *Les Trusts* sont la formation la plus sérieuse et la plus durable. Comme les Cartels, ils sont constitués par un groupement permanent de commerçants ou d'industriels, mais, à la différence de ceux-ci, ils réalisent une fusion presque complète des sociétés adhérentes, et leur sujétion à un comité de direction qui possède dans l'organisation des pouvoirs pour ainsi dire absolus et sans contrôle. Cette forme, du reste, tend de plus en plus à disparaître et à se fondre, dans la pratique, au profit de la précédente.

Ces ententes, quelle que soient leurs formes, sont, en France, condamnées au point de vue pénal (art. 419 et 420 C. Pén. précités).

Mais ce point de vue a une répercussion civile : les coalitions de producteurs, constituant des opérations contraires au principe de la liberté commerciale, doivent être déclarées nulles, comme ayant un caractère contraire à l'ordre public. (Voir la loi des 2-17 mars 1791, qui a établi le principe de la liberté du travail, et les art. 1131 et 1133 C. Civ.).

Il en est ainsi lorsque les agissements reprochés aux producteurs coalisés ont un caractère pénal bien marqué, et, à plus forte raison, lorsqu'une répression pénale est intervenue. Mais la sanction de la nullité est, en outre, applicable lorsque, les divers éléments du délit de coalition étant réunis, ce délit néanmoins n'a pas été poursuivi, ayant manqué du *résultat effectif* de trouble dans les marchés, qui est à la condition à laquelle les articles 419 et 420 C. Pén. subordonnent

la répression. (1) Mais, en dehors de cette hypothèse, les tribunaux se refusent à prononcer la nullité si les autres conditions du délit ne se trouvent pas, par ailleurs, réunies. Cette subordination du point de vue civil au point de vue pénal n'est peut-être pas très juridique, mais les tribunaux la conservent avec un soin jaloux, pour éviter ici le reproche d'arbitraire. (2)

*4°) Contrats restrictifs de la liberté du commerce
et de l'industrie. (3)*

La liberté du travail est d'ordre public. Ce caractère interdit toute aliénation définitive et permanente de ce droit, (4) mais non pas la simple restriction conventionnelle de son exercice.

Les principales restrictions en cette matière résultent du contrat de vente et du contrat de louage de services. (5)

a) Restrictions résultant de la vente d'un fonds de commerce.

Premier cas. — L'acte de cession est muet sur

(1) Paris, 18 décembre 1890, Ann. 1891, 1. 16. Conf. trib. Seine, 29 juin 1888. La Loi, 14 juillet 1888 ; Grenoble, 1^{er} mai 1894, D. 95. 2, 24 ; S. 94, 2, 227, et Bordeaux 2 janv. 1900, D. 1901, 2, 150.

(2) Ajouter aux arrêts cités à la note précédente. Cass. 11 févr. 1879, D. 79, 1, 349, S. 79, 1, 198, et Nancy 15 déc. 1874 ; Douai, 13 mai 1851 ; Paris, 5 août 1870, cités par M. BROUILHET, op. cit.

(3) V. la bibliographie dans PIC, op. cit., n° 271, note.

(4) Cass. 2 juillet 1900, D. 1901, 1, 294.

(5) Il y a d'autres restrictions résultant notamment du contrat de société, du contrat de louage de choses, du mandat, etc... Nous ne nous en occuperons pas, leur examen dépassant le cadre de cette étude.

la question de garantie. — Après quelques hésitations, la jurisprudence a fini par interdire au vendeur de se rétablir dans des conditions qui pourraient nuire à l'acheteur de son fonds, comme constituant un manquement à la foi du contrat et à l'obligation de garantie née de lui. C'est là évidemment une question de fait, à résoudre d'après les circonstances de la cause.

Deuxième cas. — L'acte de cession stipule une restriction au rétablissement du vendeur. — Cette restriction doit être respectée, dans la mesure où elle ne constitue point une trop grave atteinte à la liberté individuelle. (1) Sa violation donnerait ouverture à l'action en garantie née de la vente, et subsidiairement à une action en dommages-intérêts (Art. 1382, C. Civ.).

Quant à la portée des restrictions résultant de la vente d'un fonds de commerce, la jurisprudence s'octroie un droit d'interprétation souveraine, en ce qui concerne la nature des actes interdits, le territoire de l'interdiction, sa durée, les personnes qu'elle grève et celles auxquelles elle profite, etc... (2) Tout est question d'espèces.

La sanction, c'est la fermeture de l'établissement, qui peut être effectuée *manu militari*, sans préjudice de tous dommages-intérêts.

(1) Cass. 9 mai 1888, D. 89, 1, 76; 1^{re} févr. 1899, Pandectes, 1900, 1, 151 et 3 mai 1899, *ibid.* 1900, 1, 142.

(2) Sur ces divers points, voir Paris 26 déc. 1890, D. 90, 2, 318; Paris, 31 mai 1876, D. 76, 2, 203; Paris, 7 janvier 1890, D. 90, 2, 290, note Planiol; 21 nov. 1893, D. 94, 2, 93.

b) *Restrictions résultant du louage des services.* — Ici encore, les renonciations absolues sont nulles. Ainsi l'engagement de services à vie, d'ailleurs prohibé par l'art. 1780 C. Civ. (1). De même la convention par laquelle un salarié prendrait l'engagement négatif de ne jamais, et en aucun lieu, travailler chez aucun patron (2).

Mais la jurisprudence valide la restriction limitée dans le temps, ou dans l'espace, ou suivant certaines conditions déterminées (3).

Que décider de l'engagement illimité quant au temps, mais limité quant au lieu, ou limité quant au temps, mais illimité quant au lieu ?

La jurisprudence semble avoir admis cet engagement comme licite (4). Mais de semblables clauses ne peuvent être validées qu'à la condition de ne point porter atteinte à la *personnalité économique* du salarié (5).

5°) *Condition de viduité.*

Nombreuses sont les conditions relatives à la liberté du mariage : condition absolue de ne pas se marier, ou de ne pas se marier d'un certain temps, — de ne

(1) Cass. 19 déc. 1860, D. 61, 1, 115.

(2) Cass. 2 mai 1882, D. 83, 1, 168 et renvois.

(3) Cass. 6 août 1878, D. 79, 1, 400.

(4) Voir les arrêts rapportés dans PIC, op. cit., n° 278, note.

(5) M. NICHET (*Des ententes industrielles et commerciales*, thèse, Montpellier, 1900), valide les clauses de cette nature, lorsqu'une compensation pécuniaire a été accordée à l'intéressé. C'est faire dépendre la liberté individuelle du salarié de la nature du contrat dans lequel on prétend l'engager.

pas se marier sans le consentement d'un tiers, de ne pas se marier avec telle personne, ou avec une personne de telle classe, de telle famille, etc., de se marier, de se marier avec telle personne, ou avec une personne de telle classe ; de se remarier, de ne pas se remarier, etc. (1).

De toutes ces conditions la plus fréquente et celle qui a soulevé longtemps le plus de dissidences est la condition de ne pas se marier, imposée à un veuf ou à une veuve par le conjoint prédécédé. C'est la condition de viduité, dont nous nous occuperons exclusivement.

Pothier (Introduction au titre 6 de la *Coutume d'Orléans*), conformément à la tradition du droit romain, déclarait nulle la condition de ne point se marier. La jurisprudence le reconnaissait ainsi, mais, par une distinction critiquable, elle validait la condition de ne pas se remarier. Les lois du 6 brumaire an 11 (art. 1) et du 17 nivôse an XII (art. 7), vinrent prohiber expressément cette dernière condition. Mais la loi du 30 ventôse an XII, (art. 7), ayant abrogé à son tour ces dispositions, la question s'est posée à nouveau.

La condition de viduité, — et cela résulte de l'abrogation par la loi de ventôse an XII des dispositions antérieures, — n'est plus illicite. Est-elle immorale ? Non pas nécessairement, car elle peut être inspirée par des motifs respectables. Tout dépend ici des circonstances, dont il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement le caractère. (2)

(1) DEMOLOMBE, *Des Donations*, I, n° 239.

(2) Cass. 18 mars 1867, D. 67, 1, 132, S. 67, 1, 204.

La Cour de Cassation se montre très exigeante pour considérer la clause comme immorale. Un arrêt de la Cour de Caen du 24 juillet 1894 avait annulé comme immorale la condition obligeant une veuve de vingt ans à garder un célibat perpétuel, sous peine de perdre une grande partie des biens que lui laissait son mari. La Cour suprême a cassé cette décision. (1)

6°) Promesses de crédit politique.

Aux termes de la jurisprudence, on doit réputer illicite et nulle l'obligation consentie pour prix des sollicitations et du crédit employés par une personne auprès d'une administration, à l'effet de faire obtenir une place du gouvernement (2).

De même a été déclarée nulle, comme ayant une cause illicite, la convention par laquelle une personne s'engage vis-à-vis d'un tiers à user de son influence auprès d'une administration publique, pour procurer à ce tiers des commandes de la part de cette administration (3).

(1) Cass. 22 décembre 1896, D. 98, 1, 537; S. 97, 1, 397; *Gaz. Pal.* 97, 1, 40, et conclusions de l'avocat général Desjardins. — Cette jurisprudence est sans doute regrettable. Aussi certains auteurs proposent de considérer la condition de viduité comme illicite, dans tous les cas, « comme portant atteinte à une faculté naturelle dont la loi doit protéger le libre exercice ». En ce sens, LAURENT, t. XI, n° 501. HUC, t. 6, n° 60. PLANIOL, t. 3, 2^e éd., n° 3040.

(2) Trib. civ. de Lille, 10 janvier 1834, et Colmar, 25 juin 1834, DALLOZ, Jur. gén. V^e Obligations, n° 643. 2°.

(3) Paris, 19 avril 1858, D. 58, 2, 160; Cass. req. 5 février 1902, D. 02, 2, 149.

Un arrêt de la Cour de Paris du 9 janvier 1896 (1), nous paraît faire à cet égard une application très juste du principe que les bonnes mœurs doivent être appréciées suivant la moralité du pays auquel on se réfère. Il importe, pour l'appréciation du caractère de la cause d'une obligation, de tenir compte des lieux où s'accomplissent les faits et les habitudes qui les régissent. L'arrêt décide, en conséquence, que la rémunération promise pour les démarches actives d'un avocat musulman, afin d'obtenir du sultan une faveur vainement sollicitée pendant plusieurs années par un citoyen français, ne constitue pas une obligation dont la cause serait contraire aux lois et aux bonnes mœurs.

7°) Conditions relatives aux successions.

Nous nous bornerons à signaler ici l'annulation faite par la jurisprudence des pactes sur succession future, par application de l'art. 791 C. Civ. (Cass. 24 août 1841. S. 41, 1, 179, et 11 décembre 1867, D. 67, 1, 471; S. 68, 1, 87), et de toute espèce de dispositions par lesquelles on essaierait de porter atteinte aux lois sur la réserve. Ces dispositions affectent généralement les donations et surtout les testaments. (Paris, 27 novembre 1877, D. 78, 1, 188; Cass. 6 mai 1878, D. 80, 1, 345).

(1) *Bull. C. d'appel*, 28 février 1896. *Gaz. Pal.*, 1896. Table, v' Obligations.

8°) *Clauses d'inaliénabilité.*

Depuis l'arrêt fameux de la Cour d'Angers, du 29 juin 1842 (1), dont la doctrine fut accueillie par l'arrêt de la Cour de Cassation, chambre civile, du 20 avril 1852 (2), la jurisprudence pratique ici une distinction. Elle annule, comme portant atteinte au principe de la libre circulation des biens, toute clause d'inaliénabilité absolue et perpétuelle. Mais elle valide une clause d'inaliénabilité temporaire, même générale, c'est-à-dire s'appliquant sans distinction de personnes, lorsqu'elle est justifiée par un intérêt sérieux, soit celui du donateur, du légataire ou du donataire ou d'un tiers (3).

Aujourd'hui la question de principe ne se discute plus devant les tribunaux, mais la controverse subsiste sur le point de savoir quelles limites il convient d'assigner à ces clauses d'inaliénabilité. (4)

(1) D. 42, 2, 218 et 46, 4, 163.

(2) D. 58, 1, 154, S. 58, 1, 589.

(3) Cass. 22 juillet 1896. D. 98, 1, 17 ; 11 juillet 1877. D. 78, 1, 62, S. 77, 1, 443 ; 12 juillet 1865. D. 65, 1, 475, S. 65, 1, 342.

(4) Cass. 24 janvier 1899, 1^{er} arrêt, S. 1900, 1, 342 ; Paris, 28 juin 1900, D. 02, 2, 271 ; Trib. Civ. Seine, 17 juillet 1901, *Gaz. des Trib.* 1902, 2, 259, et 30 décembre 1901, *ibid.* 02, 2, 240, et table V^o donation ; Paris, 5 novembre 1901, D. 02, 2, 80 ; Cass. req. 18 avril 1901. D. 02-1-71.

Il y aurait beaucoup à dire sur cette jurisprudence. Le caractère d'ordre public du principe de la libre disposition des biens, d'où découle l'impossibilité de les rendre aliénables à volonté, paraît résulter suffisamment de divers articles du Code Civil qui établissent la liberté d'aliéner et limitent restrictivement les cas où il est permis de la supprimer (art. 544, 896, 1048 et suiv., 1542, 1543, 1594, C. Civ.). Il est donc inexact de dire que la clause d'inaliénabilité n'est défendue par aucune loi (Cpr. Orléans, 17 janvier 1846,

9°) *Clause commissaire*

L'art. 2078 du Code Civil prohibe, en matière de gage, la clause qui autorise le créancier à conserver le gage en règlement de la dette et lui en attribue d'avance la propriété, pour le cas de non-paiement (clause commissaire).

En conséquence, les tribunaux doivent annuler la clause commissaire ; mais le créancier conserve le gage. (1)

Ajoutons que la disposition de l'art. 2078 s'applique aussi bien aux créances qu'aux objets mobiliers. (Cass. req. 10 mai 1898, D. 98, 1, 387).

Elle s'étend même au gage commercial et a été maintenue par la loi du 23 mai 1863. Un arrêt de la Cour de Cassation du 5 janvier 1898 (S. 98, 1, 336) a adopté implicitement cette solution, en condamnant à des dommages-intérêts au profit de la Compagnie des commissaires-priseurs du département de la Seine, deux courtiers de commerce de Paris qui

D. 46, 2, 203). Aussi certains arrêts plus récents reconnaissent en principe la nullité des clauses de cette nature, mais ils admettent que cette interdiction doit être entendue avec un certain tempérament. (Rennes, 22 mars 1862, sous Cass., D. 64, 1, 95). Cette jurisprudence ouvre la porte à l'arbitraire du juge.

(1) La *lex commissoria* était également prohibée en droit romain, où elle avait même un effet plus énergique : elle annulait le contrat de gage, de sorte que le créancier perdait toute sûreté ! Notre ancien droit validait la clause commissaire, sous la condition d'une estimation à faire par experts, après l'échéance. Notre Code Civil a adopté une solution intermédiaire.

avaient procédé, au détriment du privilège des précédents, à la vente aux enchères de diverses marchandises ou effets mobiliers warrantés ou donnés en gage comme garanties de créances commerciales. (1)

L'art. 2078 a pour but de protéger le débiteur contre la vente amiable qu'il pourrait être amené trop facilement à consentir au créancier gagiste lui-même. (2) C'est là une disposition d'ordre public.

Il est curieux de noter ici une tendance restrictive de la jurisprudence, qui ne prononce la nullité du pacte comissoire que dans le cas où le créancier est en possession de la chose donnée en gage. Dans le cas contraire où le gage est entre les mains d'un tiers, constitué séquestre par autorité de justice, on autorise ce dernier à réaliser le gage à l'amiable, au mieux des intérêts tant du débiteur que du créancier. C'est là la solution constante de la jurisprudence dernier arrêt Cass. Civ. 5 juillet 1900, S. 01, 1, 29 (3). Elle s'explique par des raisons pratiques fort approuvables ; mais on peut douter qu'elle soit conforme à l'art. 2078 C. Civ., lequel prohibe le pacte comissoire, sans faire de distinction suivant la personne entre les mains de laquelle se trouve le gage.

(1) Cf. la loi d'institution des Commissaires-priseurs, du 27 ventôse, an IX, art. 1^{er}, et la loi du 28 ventôse an IX, art. 8, sur les courtiers.

(2) La clause comissoire se déguise souvent dans les prêts sur gage immobilier, sous la forme d'une vente à réméré. Sur le mécanisme de cette vente, v. supra. p. 60.

(3) En ce sens, BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES. « Nantissement et Privilèges », 2^e éd., t. I, n^{os} 128 et 133.

CHAPITRE II

PROCÉDÉS EMPLOYÉS PAR LA JURISPRUDENCE POUR ÉTENDRE LES POUVOIRS D'APPRÉCIATION DU JUGE

L'étude de la jurisprudence nous révèle l'emploi de trois sortes de moyens, destinés à permettre au juge de porter son investigation, au point de vue de la licéité et de la moralité de l'acte, au-delà des limites étroites que lui assigne la loi. Ces moyens sont : 1^o La confusion de la cause et des motifs ; 2^o La confusion de la cause et de la condition ; 3^o La confusion de l'acte à titre gratuit et de l'acte à titre onéreux. Nous les étudierons successivement.

SECTION I

CONFUSION DE LA CAUSE ET DES MOTIFS

Elle doit être étudiée : 1^o dans les actes à titre gratuit, 2^o dans les actes à titre onéreux.

§ I. — CONFUSION DE LA CAUSE ET DES MOTIFS DANS LES ACTES A TITRE ONÉREUX.

On trouve des exemples de cette confusion dans la jurisprudence relative au courtage matrimonial, au contrat de claqué, aux contrats relatifs à des établissements immoraux, aux effets de complaisance.

1^o) *Courtage matrimonial.*

On entend par courtage matrimonial le contrat par lequel un individu, le courtier, promet à un autre ses soins et démarches, en vue de lui procurer un mariage avantageux, et ce, moyennant une rétribution pécuniaire, tantôt fixée d'avance, tantôt proportionnelle au montant de la dot (1).

Depuis l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 1^{er} mai 1855 (D, 55, 1 117), rendu sur le rapport de M. le conseiller Laborie, la jurisprudence pratique ici une distinction : si le salaire du courtier a été stipulé seulement en vue de l'indemnité de ses démarches, peines et soins, l'engagement du client est considéré comme ayant une cause valable, et le contrat est sanctionné ; mais si la somme promise est hors de proportion avec les services rendus, ou s'il apparaît, d'après les termes du contrat, qu'elle n'a eu pour but que de récompenser l'entremise du courtier « en vue de procurer à son client un mariage avantageux », l'engagement de ce dernier est réputé avoir une cause illicite, contraire à la dignité du mariage, et il est annulé. C'est ce qui se produit notamment au cas où le paiement des honoraires du courtier est subordonné à la conclusion du mariage, et surtout dans le cas où leur montant est stipulé proportionnel à celui de la dot du futur conjoint (2).

(1) La pratique du courtage matrimonial n'est pas nouvelle. Les Romains la connaissaient déjà, la validaient, et même la réglementaient (loi 1, Dig. de proxenetis, L. 14).

(2) C'est ce que M. DEMOLOMBE « Des donations », I, n^o 335 appelle spirituellement le pacte *quota dotis*. — V. Nîmes, 18 mars 1884, S.

Il est assez difficile, dans cette dernière hypothèse, de préciser ce qui, dans la doctrine des arrêts, constitue l'illicéité de la cause de l'engagement. Il semble cependant que ce soit le fait, pour le courtier, de spéculer sur le mariage, « lequel ne saurait être matière à spéculation et à trafic ».

Ce système est facilement réfutable ; il nous paraît que le contrat ne peut être condamné sur le fondement de la théorie de la cause. La cause de l'engagement de l'une ni de l'autre des parties n'est illicite. En effet, pourquoi le client promet-il ? Pour obtenir la proposition d'un mariage avantageux. Pourquoi le courtier s'oblige-t-il ? Pour gagner la rémunération promise par le client. Mais une somme d'argent ne saurait avoir un caractère immoral et, d'autre part, les services promis par le courtier n'ont rien d'illicite : celui-ci est dans la situation d'un *locator operarum* ordinaire. Le contrat doit donc être validé (1).

Sans doute, il est immoral de promettre de l'argent *pour réaliser un mariage avantageux*, comme il l'est également de promettre ses services *en vue d'en assurer la réalisation*, mais cela ce n'est point la cause juri-

84, 2, 100 ; Paris, 11 janvier 1884, S. 84, 2, 132, et 27 octobre 1892, S. 93, 2, 24, D. 93, 2, 271 ; et Besançon 6 mars 1895, S. 95, 2, 196, D. 95, 2, 223. Suppl. Cass., Turin 25 sept. 1883, S. 84, 4, 20 ; Trib. civ. Lyon 17 juillet 1896, Mon. Lyon 14 déc. 1896, *Gaz. Pal.*, 97, I, V^e Obligations.

(1) Cette solution est généralement adoptée par la doctrine. Contra LAURENT, op. cit.. M. BAUDRY-LACANTINIER, « Précis », tome 2, n^o 852, ajoute à cet ordre de considérations un argument tiré de la validité du contrat en droit romain. Ce qui n'était pas immoral à Rome, dit cet auteur, ne saurait l'être aujourd'hui. C'est là une erreur évidente : la morale change avec le temps et les lieux, et cela est aussi vrai de la morale abstraite que des bonnes mœurs, que le juge a pour mission de faire respecter.

dique des engagements, « le but immédiat et direct que les parties se proposent d'atteindre », c'est la cause indirecte, éloignée, la *causa remota* des anciens, c'est-à-dire un simple motif.

La jurisprudence a donc commis sur ce point la confusion de la cause et des motifs. Sans doute, en équité, cette solution se justifie : l'intention des parties est certainement immorale ; il faut, de plus, redouter la mauvaise foi. Mais la jurisprudence n'a point pour mission générale de faire respecter les bonnes mœurs ; du moins son pouvoir d'investigation à cet égard est limité par des règles légales, qu'il ne lui appartient pas de franchir. La théorie de la cause est l'une de ces règles. On voit le cas qu'elle en fait.

2°) *Contrat de claque.* (1)

On appelle contrat de claque, la promesse faite par un directeur de théâtre d'une certaine rémunération à un entrepreneur qui se charge d'assurer le succès d'une pièce, en faisant applaudir des spectateurs gagés exprès. Le prix consiste généralement en billets de faveur, que l'entrepreneur revend ensuite.

Une jurisprudence ancienne et longtemps suivie a déclaré nulle cette convention. (2)

(1) Ce contrat est quelquefois désigné sous le nom d'entreprise du succès.

(2) Trib. civ. Seine, 31 août 1838, confirmé par arrêt de la Cour de Paris du 3 juin 1839, Dalloz, Rép. V° obligations, n° 638, note ; Trib. de commerce de la Seine, 30 déc. 1852, *Journal du Palais*, 53, 2, 144 ; C. Lyon 25 mars 1873, D. 73, 2, 68, S. 73, 2, 179 ; Trib. de commerce de la Seine, 27 juin 1896, S. 96, 2, 286.

Il s'en faut de beaucoup, du reste, que la doctrine de ces décisions soit très nette. La confusion elle-même de la cause et des motifs n'apparaît pas très clairement dans certaines d'entre elles. On y substitue de vagues considérations tirées du mensonge et de la corruption qui servent de base au contrat de claqué, de l'entrave à la liberté d'examen du public, du danger de compromettre la sécurité des théâtres, en provoquant de la part des spectateurs payants des contre-manifestations bruyantes. Mais ces reproches ne sont formulés à l'encontre d'aucun élément précis du contrat, le mot de cause n'est même pas prononcé. Ainsi, le jugement du tribunal de commerce de la Seine, du 27 juin 1896, précité, se borne à déclarer « que le contrat dont il s'agit est nul comme illicite », ce qui ne signifie rien. On peut relever la même insuffisance de motifs dans le jugement du tribunal de commerce de la Seine du 10 juillet 1839, l'arrêt de la Cour de Paris et l'arrêt de la Cour de Cassation, chambre des requêtes, du 17 mai 1841, dans la même affaire ; dans les arrêts de la Cour de Paris du 23 juillet et du 8 août 1853. (1)

En revanche, la confusion de la cause et des motifs apparaît clairement dans le jugement du tribunal de commerce de la Seine, du 30 décembre 1852, précité, qui déclare expressément le contrat nul pour *cause illicite*.

Enfin, cette même confusion s'étale naïvement dans l'arrêt de la Cour de Lyon du 25 mars 1873, précité,

(1) *Journal du Palais* 1853, 2, 144.

qui annule le contrat pour immoralité des *motifs juridiques*. (1)

Un arrêt de la Cour de Paris du 5 avril 1900 (*Gaz. des Tribunaux* du 14 avril 1900) a admis au contraire la validité du contrat de *elaque*. Il est vraisemblable que cette décision fera jurisprudence car, comme l'observe M. Planiol, nous sommes trop habitués aux procédés de la réclame moderne pour juger aussi sévèrement un contrat aussi inoffensif.

C'est donc une confusion de la cause et des motifs qui semble destinée à disparaître.

3°) *Contrats relatifs à des établissements immoraux.*

Ici encore le mépris qu'inspirent les contractants paraît avoir guidé la jurisprudence, plutôt que de pures considérations juridiques.

a) *Vente d'une maison de tolérance.* — La jurisprudence annule une semblable vente, sur le fondement de l'illicéité de la cause. Mais cette cause ne saurait être illicite : la cause du contrat, c'est l'intention d'acquérir la maison pour l'acheteur ; l'intention d'obtenir le prix, pour le vendeur. Tout cela n'a rien d'immoral. Ce qui est illicite, c'est l'intention de l'acheteur d'affecter à la prostitution la maison qu'il achète. Mais cela encore n'est point la cause, c'est

(1) Ce jugement a été réformé en appel ; mais la Cour s'est placée à un autre point de vue : elle a rejeté la répétition que le tribunal avait admise.

un simple motif, sans effet juridique. La vente devrait donc être validée (1).

Observons qu'il n'en devrait pas être nécessairement de même dans le cas où la vente, bien que portant sur un établissement de prostitution, pourrait être scindée en ses éléments, sans faire violence à l'intention des parties. Par exemple, si l'on pouvait distinguer la vente du mobilier, ou de l'immeuble, de celle de la licence de tolérance, (autorisation administrative d'exploiter un semblable établissement). Dans ce cas, la vente de la licence serait annulée, car bien que autorisée par l'administration, la licence n'en est pas moins contraire aux bonnes mœurs ; la vente de l'immeuble et du mobilier serait maintenue, comme ayant une cause parfaitement licite. Telle est la distinction fort judicieuse pratiquée par un arrêt de la Cour de Paris du 14 Décembre 1899 (D. 91, 1, 484) (2).

b) Prêts d'argent faits en vue de l'acquisition d'une maison de tolérance. — Par la même confusion entre la cause et les motifs, la jurisprudence se trouve amenée à prononcer la nullité des prêts de cette nature (3).

c) Autres contrats. — De même, le bail fait en vue de l'exploitation d'une maison de tolérance est déclaré

(1) En ce sens, BAUDRY-LACANTIERRE, « Précis », T. 2, n° 853 ; PLANIOL, « Précis », T. 2, 2^e éd., n° 1009, et généralement tous les auteurs. C. de Riom, 30 Nov. 1893, S. 94, 2, 75 ; Cpr. tribunal de l'Empire d'Allemagne, 1^{er} Déc. 1891, D. 93, 2, 11.

(2) Toutefois cet arrêt, considérant le mobilier comme illicite, annule la vente dont il est l'objet. C'est une application vicieuse de la distinction proposée.

(3) Cass. req. 1^{er} Avril 1895, D. 95, 1, 263, S. 96, 1, 289, note G. APPERT.

nul, comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs (1).

Baudry-Lacantinerie (2) cite même un jugement du tribunal de commerce de la Seine qui annule, pour cause illicite, l'obligation contractée par le directeur d'une maison de tolérance, pour l'acquisition de vins de Champagne destinés à être consommés dans l'établissement.

Enfin un arrêt de la Cour de Cassation du 11 Novembre 1890 (D. 91, 1, 484; S. 91, 1, 319), s'est refusé à valider les créances qui ont pour cause des services de domesticité dans une maison de tolérance, services qui n'avaient en soi rien d'illicite (3).

Ces diverses décisions poussent à l'extrême la confusion de la cause et des motifs.

(1) Alger, 15 Nov. 1893, S. 94, 2, 211; Cpr. Alger, 8 Mai 1894, D. 95, 2, 21. S. 94, 2, 302 : ce dernier arrêt confond expressément la cause et les motifs, et refuse de statuer, « vu l'état de la turpitude commune » aux deux parties; trib. Angers, 15 Déc. 1896 *Rec. d'Angers*, 103, 1897, et 27 Mars 1897, dans *la Loi* du 12 Avril 1897; Paris, 26 Déc. 1899, *Gaz. Pal.* 1900, 1, 132.

(2) Op. cit., t. 2, p. 55.

(3) Cpr. un jugement du tribunal de Paix de Poitiers, du 23 janvier 1860 (D. 60, 3, 40) qui décide que le prix des consommations et débauches faites dans une maison de tolérance ne peut être demandé en justice, même par voie de compensation. — A l'inverse, la distinction de la cause et des motifs est faite avec beaucoup de netteté par certaines décisions. Ainsi un arrêt de la C. de Bordeaux du 6 Février 1885 (S. 86, 2, 16) décide que l'achat fait par une femme, avec l'autorisation de son mari, de diverses marchandises, étoffes de soie, objets de lingerie, destinés à l'exploitation d'une maison de tolérance, est pleinement valable, le motif seul et non la cause de l'obligation étant illicite. Dans le même sens, C. d'Alger, 22 Février 1898 (*Revue d'Alger*, III, 198) rapporté *Gaz. Pal.* 98, V^e obligation (Table). De même un arrêt de la C. de Paris du 13 Février 1877 (S. 77, 2, 223) avait jugé que le prêt fait en vue de l'acquisition d'une maison de tolérance était valable, le motif seul et non la cause de l'obligation étant illicite. Mais ces décisions sont restées isolées en jurisprudence.

4°) *Effets de complaisance.*

L'effet de commerce de complaisance peut affecter deux formes : celle d'une lettre de change, ou celle d'un billet à ordre. Mais la première est la plus généralement employée : aussi est-ce d'elle que nous nous occuperons plus spécialement.

Il y a lettre de change de complaisance lorsqu'un commerçant tire sur un autre un effet qui est accepté par ce dernier, en l'absence de toute provision. Le commerçant se fait alors escompter l'effet par un banquier, et dispose librement des fonds. A l'échéance, le tireur, s'il a réalisé des fonds, fait parvenir au tiré la somme nécessaire pour payer. L'effet de complaisance lui a ainsi procuré un crédit de quelques mois. Mais si, à l'échéance, le tireur n'est pas en mesure de payer, il peut prolonger son crédit en renouvelant l'opération : un deuxième effet de complaisance, mis en circulation quelques jours avant le premier, qu'il fera escompter, lui procurera les fonds nécessaires pour payer le premier. Un troisième effet, émis dans les mêmes conditions que les précédents, lui permettra de payer le deuxième, et ainsi de suite (1). Mais plus souvent l'opération se renouvelle, plus longtemps elle prolonge la situation du commerçant gêné, plus celui-ci court le risque de n'être pas finalement en mesure de payer, car les

(1) Les traites ainsi tirées chevaucheront l'une sur l'autre. De là le nom de « *Reitereiwechsel* » « effets en cavalerie », qu'on leur a donné en Allemagne.

effets vont toujours grossissant, pour répondre au déficit résultant de l'escompte, et souvent aux besoins nouveaux du tireur. En définitive, la situation a la plupart du temps pour dénouement la faillite, faillite du tireur, où se trouvent compris les commerçants à qui la prolongation de la vie commerciale de celui-ci a permis de devenir ses créanciers.

La jurisprudence annule les effets de complaisance, comme constituant un procédé immoral, en ce qu'il permet de battre monnaie avec un crédit supposé, et dangereux en ce qu'il compromet la situation des créanciers et surtout des tiers, indépendamment de celle du tireur lui-même, à qui l'effet de complaisance rend en général un mauvais service (1).

M. Thaller, *op. cit.*, légitime ainsi cette jurisprudence : « Un principe domine le droit des contrats : » c'est qu'on ne peut déroger par des conventions » particulières aux lois qui intéressent l'ordre public » et les bonnes mœurs (Art. 6)... Cette donnée s'étend » à tous les actes : chaque fois que les parties visent à » un résultat que réprouve l'honnêteté ou le bon ordre » en affaires, la convention est sans valeur ». (2).

(1) Cass. civ. 2 Juillet 1883, S. 85, 1, 64 ; Cass. req. 18 Octobre 1886, S. 86, 1, 470 ; Bordeaux, 2 Juin 1896, D. 96, 2, 406. — Consulter MEYNIAL, note sous Paris, 16 Novembre 1888, au S. 91, 2, 89 et THALLER, sous Lyon, 30 Mars 1897, D. 97, 2, 385, et les références indiquées par ces auteurs.

(2) On observe généralement ici que ces raisons ne s'appliquent pleinement qu'au cas où, s'agissant d'un créancier malhonnête, l'effet de complaisance n'apparaît que comme ayant eu le caractère d'un acte frauduleux, destiné à tromper les tiers et à égarer le crédit public. Dans d'autres hypothèses, au contraire, l'effet de complaisance ne saurait être considérée comme ayant eu un caractère coupable, et surtout nuisible aux créanciers du commerçant. C'est ce qui se réalise lorsque l'effet de complaisance n'est qu'un moyen

Néanmoins cette jurisprudence, quelque heureuse qu'elle soit en pratique, ne nous paraît pas devoir être approuvée, au point de vue strictement juridique.

En ayant égard aux considérations indiquées d'intérêt des tiers, ou du crédit public, la jurisprudence s'est exposée au reproche d'avoir confondu la cause et les motifs de l'acte juridique accompli soit par le tireur, qui émet l'effet de complaisance, soit par le tiré, qui l'accepte. En effet, l'émission de la traite de complaisance a pour cause, chez le premier, l'intention de se procurer de l'argent ; chez le deuxième, l'engagement de payer l'effet à l'échéance a pour cause l'intention de procurer au tireur un certain crédit. Mais ni l'une ni l'autre de ces causes n'est immorale. Quant à l'intention qu'a pu avoir le tireur, de complicité avec le tiré, de porter préjudice à ses créanciers ou, plus généralement, de nuire à la

qui a servi accidentellement à un commerçant gêné, mais honnête, pour relever son crédit et sa situation compromise, avec le concours d'un ami, qui lui a prêté sa signature. Dans ce cas, s'il réussit, on ne peut dire que l'effet de complaisance a joué un rôle funeste, puisqu'il a permis au commerçant de revenir à flot, et, par suite, a sauvé la situation de ses propres créanciers. Quant au crédit public, loin d'être compromis par l'usage de semblables procédés, il ne peut, au contraire, qu'en être fortifié et raffermi. La question de validité de l'effet de complaisance est donc surtout une question de fait, dans laquelle on doit tenir grand compte des intentions des parties. — Cela est exact en principe ; mais, en dépit de la distinction proposée, la question de savoir si un effet de complaisance, souscrit par un commerçant honnête, doit être validé, n'a pas d'intérêt pratique, car si le commerçant honnête revient à flot, nul ne songera à contester la validité de l'effet de complaisance dont il s'est servi, dont on ignorera même, le plus souvent, l'usage, et, s'il se ruine, il est fort probable que l'on ne songera pas à le considérer comme honnête, et par suite l'effet sera annulé. On peut donc dire, en fait, que l'effet de complaisance est toujours annulé.

circulation fiduciaire, — en admettant que cette intention ait existé, — elle ne constitue point la cause du contrat, mais un simple motif, dont l'immoralité est sans effet au point de vue de la validité de la traite de complaisance.

La jurisprudence a donc confondu ici la cause et les motifs de l'acte juridique accompli par les parties (1).

La doctrine a cherché un autre procédé juridique pour légitimer la nullité de l'effet de complaisance.

On ne peut faire appel à l'absence de cause. Nous avons déjà vu quelle est la cause de l'acte juridique accompli par chacune des parties, le tireur et le tiré. D'ailleurs, même en prenant le mot dans son sens le plus vague, le plus général, l'acte des parties a une

(1) Malgré tout, nous ne sommes pas absolument certain de l'exactitude de cette assertion, à laquelle nous avons cependant sacrifié, en plaçant l'étude de l'effet de complaisance dans un paragraphe consacré à l'examen de la confusion de la cause et des motifs. En effet, l'intention du commerçant qui se livre à une circulation fictive d'effets n'est, au point de vue de l'intérêt de ses créanciers ou, plus généralement, de la circulation fiduciaire, ni honnête, ni malhonnête : ce commerçant veut sans doute réaliser un profit personnel, mais il n'a nullement besoin, pour cela, de viser un préjudice à causer aux tiers, au public. A proprement parler, les motifs de ce commerçant ne sont jamais immoraux : ils sont étrangers à toute considération de moralité, ils sont, pourrait-on dire, *amoraux*. Et il en est de même de l'obligation du tiré, qui accepte l'effet de complaisance. Mais alors il paraît difficile de dire que ces motifs puissent être confondus avec la cause du contrat d'émission d'effet de complaisance. Cause ou motif sont du domaine de l'intention des parties, mais celle-ci, avons-nous dit, est étrangère à la mise en circulation des traites fictives. Il semblerait, par suite, qu'il faille abandonner le point de vue de la confusion de la cause et des motifs, pour dire que la jurisprudence a fait prédominer ici des considérations d'intérêt particulier ou général, mais indépendantes de la confusion signalée.

cause : un acte sans cause n'existerait pas juridiquement, ce serait l'acte d'un fou, le néant.

D'autre part, le caractère *amoral* du but poursuivi par les parties (1) empêche de considérer l'effet de complaisance comme nul pour cause illicite. A cet égard, l'article 585 du Code de Commerce érige bien en délit et, par suite, condamne comme immoral le fait de tout commerçant qui, pour retarder sa faillite, « se livre à des emprunts, circulation d'effets et autres moyens de crédit ruineux pour se procurer des fonds » ; mais ce texte suppose, pour son application, la faillite prononcée ; d'autre part, il exige que le procédé employé ait été un moyen *ruineux* : or, l'effet de complaisance peut n'avoir pas eu ce caractère ; tout au contraire, il peut avoir été d'un précieux secours au commerçant obéré, ou à ses créanciers, en retardant sa faillite ; enfin il est peu juridique de subordonner ainsi le point de vue civil au point de vue pénal. L'illicéité, si elle existe, doit donc être cherchée en dehors de l'application d'un texte pénal quelconque, et, en particulier, de l'article 585 du Code de Commerce. Nous avons déjà dit qu'elle ne pouvait être prise dans l'intention des parties qui se trouve, à notre point de vue, sans moralité, et qui, dans tous les cas, ne pourrait être considérée comme immorale, sans qu'on établît contre elle une présomption extrêmement sévère, d'ailleurs contraire aux principes de droit, qui ne présume pas la fraude.

Reste la théorie de la provision.

On entend par provision la créance existant au

(1) V. à ce sujet ce que nous avons dit supra p. 122, note 1.

profit du tireur vis-à-vis du tiré, pouvant résulter par exemple d'une vente, d'un échange, d'une ouverture de crédit, ou de toute autre opération intervenue entre les parties. Cette provision constitue une garantie pour les endossataires successifs, en ce qu'elle leur assure qu'il y aura, dans le patrimoine de leur débiteur, à l'échéance, un bien sur lequel ils pourront se faire payer. Cela étant, la provision, dans l'effet de complaisance, n'existe pas : cet effet est, par définition, tiré en dehors de toutes relations commerciales sérieuses entre le tireur et le complaisant. C'est cette absence de provision, c'est-à-dire de garantie pour le tiers, qui est, dit-on, la véritable cause de la nullité de l'effet de complaisance.

Mais cette doctrine a été généralement repoussée. On observe d'abord qu'elle exagère le rôle de la provision en matière de lettre de change. Souvent, en effet, il peut y avoir lettre de change sérieuse, et cependant la provision peut faire défaut. Il en est ainsi notamment au cas d'ouverture de crédit, ou lorsque une même marchandise, passant en plusieurs mains, fait l'objet, chaque fois, d'une nouvelle traite. Dans le premier cas, la provision ne confère au porteur aucun avantage si, par exemple, le tiré fait faillite ; et dans le deuxième, il est bien certain qu'elle n'est utile que pour le dernier porteur du dernier effet : pour les autres porteurs elle n'aura été qu'un leurre (1). D'ailleurs, admettre l'absence de provision comme cause justificative de la nullité de l'effet de complaisance, c'est restreindre cette nullité à la lettre de

(1) En ce sens ARBUS, op. cit., p. III.

change, car la théorie de la provision est étrangère au billet à d'ordre (argt. art. 187 et 188 C. Com.).

Pour ces diverses raisons, la théorie qui fait de l'absence de provision la cause de la nullité de l'effet de complaisance a été repoussée (1). Il paraît donc impossible de trouver une justification satisfaisante de cette nullité.

Aussi, croyons-nous devoir souscrire au système de la jurisprudence qui attache la nullité de l'effet de complaisance au danger que présentent pour les tiers et le crédit public de semblables opérations. Ce système est le seul qui satisfasse aux nécessités pratiques, particulièrement impérieuses en la matière (2).

§ 2. — *Confusion de la cause et des motifs dans les actes à titre gratuit.*

Cette confusion se réalise à l'égard des libéralités faites à des enfants illégitimes, avec l'indication d'un motif illicite.

On a également signalé comme des exemples de cette confusion, en matière d'actes à titre gratuit, les dons entre concubins et la théorie jurisprudentielle de la cause impulsive et déterminante. Mais le

(1) En ce sens, MEYNIAL, THALLER, notes citées.

(2) Observons que ce système conduit également à la nullité du billet à ordre de complaisance. C'est là évidemment un grand avantage pratique sur le système de l'absence de provision. M. MEYNIAL, op. cit., qui repousse ce système, croit néanmoins devoir faire exception au principe de la nullité pour le billet à ordre de complaisance. Mais il nous paraît difficile de justifier cette exception, si on la rejette de la théorie de la provision.

premier de ces exemples renferme également la confusion de l'acte à titre gratuit et de l'acte à titre onéreux, qui en est le trait véritablement original, et le deuxième la confusion de la cause et de la condition. Aussi en renvoyons-nous l'examen à l'étude de ces deux derniers procédés.

Nous étudierons donc uniquement dans ce paragraphe les libéralités faites à des enfants illégitimes avec indication d'un motif illicite.

a) Enfants naturels simples.

Aux termes du nouvel art. 908 § 1^{er} C. Civ., les enfants naturels « ne peuvent rien recevoir par donation entre vifs au-delà de ce qui leur est accordé au titre des successions. » La part de l'enfant naturel est également réduite quand la libéralité est faite par testament, mais les père et mère ont aujourd'hui le droit, dans ce cas, d'avantager l'enfant. Dans tous les cas, il y a un moyen de donner à l'enfant naturel plus que la loi ne permet de lui accorder : c'est de ne point le reconnaître ; ainsi, on pourra le traiter comme un étranger, et lui donner ou léguer tout le disponible ordinaire (1).

Régulièrement, pour qu'il en fût ainsi, pour que l'enfant fût exclu de toute la part que l'art. 908 C. Civ. a entendu lui soustraire, il faudrait qu'il eût été

(1) Ce système, il est vrai, coûte cher à l'enfant, car celui-ci n'étant pas reconnu, n'a ni parents, ni nom à porter. D'autre part, le père peut décéder avant d'avoir réalisé sa pensée libérale et son intention se trouver ainsi déjouée.

régulièrement reconnu. Mais la jurisprudence et, à sa suite, quelques auteurs, admettent qu'une reconnaissance, même irrégulière, suffit à produire cet effet, et il en est ainsi notamment lorsque, dans l'acte de donation ou le testament, le père indique qu'il donne telle somme à X, « parce qu'il est », ou « qui est » son enfant naturel (1).

On a voulu par là punir l'immoralité du père, qui est supposé avoir voulu manquer de respect à la loi, en donnant ou léguant à son fils une part supérieure à celle permise au titre des successions, et en lui reconnaissant, d'autre part, ouvertement la qualité qui dût, en droit, l'empêcher de recevoir une libéralité aussi étendue. Sans doute une semblable indication ne saurait valoir comme reconnaissance, mais puisque le père a eu le front de l'invoquer, pour marquer son mépris de la loi, on lui attribuera les effets d'une reconnaissance, en ce sens qu'elle entraînera la réduction de la libéralité excédant la part autorisée de l'enfant naturel. En définitive, c'est une peine que l'on inflige au disposant dans la personne de son fils.

On légitime cette solution en disant que la libéralité ainsi faite à une cause immorale, le désir du père de violer la loi.

Mais ce système est juridiquement inadmissible. En effet, on ne peut parler de cause immorale en matière de libéralités, car la cause d'une donation,

(1) Cass. 7 Déc. 1840, D. 41, 1, 44 ; S. 41, 1, 140 ; Paris, 11 août 1866, D. 66, 2, 168, S. 67, 2, 137 ; Caen, 11 Déc. 1876, D. 78, 5, 192 ; S. 77, 2, 8. — Voir également DALLOZ, Rép. V^e Pat. et Fil. n^o 539, et généralement tous les auteurs.

c'est l'intention libérale, l'*animus donandi*, qui ne peut rien avoir d'illicite ! Seule, l'intention de violer la loi peut revêtir ce caractère. Mais cette intention n'est qu'un simple motif. La jurisprudence a donc confondu ici encore la cause et les motifs.

Mais il y a plus, et la jurisprudence accentue la gravité de cette confusion en supposant que le père a eu toujours nécessairement un motif illicite : celui de porter atteinte à la majesté des lois. Or, cette supposition est purement gratuite (1). D'ailleurs, on ne peut présumer ainsi la faute du père qu'en violant le principe de droit qui veut que la fraude, la mauvaise foi, ne se présument point !

On peut ajouter qu'une reconnaissance irrégulière en la forme est nulle et ne peut produire aucun effet. (Arg^t art. 334 C. Civ.) Le système de la jurisprudence qui valide partiellement une reconnaissance par donation ou testament, complètement irrégulière, viole ce principe. Il est, en outre, critiquable en ce qu'il ne fait produire à cette prétendue reconnaissance que les effets défavorables à l'enfant natu-

(1) Ajoutons que la jurisprudence interdit aux tribunaux le droit de vérifier l'existence de cette faute par des éléments pris en dehors des énonciations de l'acte, tels que la correspondance, les papiers, domestiques, une enquête, des présomptions, etc... Elle a voulu empêcher par là des investigations scandaleuses, des recherches indiscreètes, contraires à l'intérêt des familles et à la moralité publique. La preuve du fait que le disposant se croyait le père du gratifié doit donc être exclusivement recherchée dans les énonciations de l'acte lui-même. Cela est anti-juridique, car la croyance du disposant à sa paternité illégitime étant un simple fait, doit pouvoir être prouvée par tous moyens.

rel, les autres effets (droit au nom, droit héréditaire) étant écartés (1).

D'ailleurs ce système est illogique. Si la cause de la libéralité, quelle qu'elle soit, est illicite, il faut annuler cette libéralité tout entière. Il ne suffit pas, comme se contente de le faire la jurisprudence, de l'annuler pour partie, en tant qu'elle excède le maximum autorisé par l'art 908 C. Civ., et de la respecter pour partie, en tant qu'elle se maintient dans les limites de ce maximum.

Enfin il paraît contraire à la volonté des parties de scinder ainsi en deux éléments les effets de l'acte.

Mais l'argument le plus saisissant est celui qui a trait à la situation de l'enfant naturel. C'est cet enfant, en définitive, qui supporte les conséquences de la faute du [père, — en admettant qu'il y ait faute ! Ce résultat est profondément immoral. (2)

b) Enfants adultérins et incestueux.

Par une solution analogue à la précédente, la jurisprudence décide que l'indication de la filiation adultérine ou incestueuse de l'enfant à qui l'on fait une donation ou un legs, constitue une cause illicite qui permet de faire annuler la libéralité. (3)

(1) En notre sens quelques décisions de jurisprudence aujourd'hui malheureusement abandonnées : C. de Bruxelles, 24 Décembre 1839 (PASICRISIE, 1839, 2, 255), Nîmes, 1^{re} Février 1843, D. Rép. V^o Paternité, n^o 539, note 1.

(2) La généralité de la doctrine se prononce aujourd'hui contre le système de la jurisprudence. *Contra.* AUBRY et RAU, t. VI, p. 177 et t. VII, p. 57, et LAROMBIÈRE, *Traité des obligations*, t. I, p. 203.

(3) Cass. 1832, D. Rép. V^o Pat. et Fil. n^o 731 ; Cass. req. 31 juillet 1860, S. 60, I, 838 ; Amiens, 14 janvier 1864 ; S. 64, 2, II.

Aux objections précédemment développées contre l'illogisme de ce système, s'ajoute ici un argument très fort, tiré de l'art. 335 C. Civ. La reconnaissance de l'enfant naturel simple peut produire effet à certaines conditions ; en attribuant l'un de ces effets (réduction tirée de l'art. 908 C. Civ.) à l'indication de la filiation de cet enfant portée dans l'acte de libéralité, la jurisprudence ajoute à la loi ; mais elle la viole, en attachant, comme elle le fait, la réduction de l'art. 908 C. Civ. à l'indication de la filiation de l'enfant adultérin ou incestueux, car, en admettant même que cette indication puisse être considérée comme une reconnaissance, l'effet de celle-ci est nul (arg^t. art. 335 C. Civ.)

Certains arrêts ont essayé d'obvier à l'illogisme d'un pareil système, en décidant que la libéralité vaut tout au moins dans la limite où elle est reconnue avoir le caractère alimentaire. Mais cela encore c'est faire produire effet à la reconnaissance de la paternité adultérine ou incestueuse, contrairement à la loi (art. 335 C. Civ.)

En définitive, en cette matière encore, la jurisprudence nous paraît avoir réalisé l'arbitraire.

SECTION II

CONFUSION DE LA CAUSE ET DE LA CONDITION.

(*Théorie de la cause impulsive et déterminante.*) (1)

La théorie de la cause impulsive et déterminante est employée par la jurisprudence comme un tempérament d'équité à la rigueur de l'art. 900 C. Civ. Il convient donc d'étudier d'abord le sens et la portée de cet article. C'est le lieu de préciser quelques indications que nous avons fournies antérieurement à cet égard.

D'après l'art. 1172 C. Civ., relatif aux actes à titre onéreux, la condition illicite est nulle et rend nulle la convention qui en dépend. Cette solution, fait-on observer, est conforme à l'intention probable du contractant, qui a entendu subordonner son engagement à la réalisation de la condition. Si cette condition ne peut sortir à effet, en raison de son illicéité, qui en rend l'accomplissement juridiquement impossible, l'acte tout entier doit être déclaré nul.

L'art. 900 pose, en matière de libéralités, une règle

(1) En outre de la confusion signalée, la théorie de la cause impulsive et déterminante réalise celle de la cause et des motifs ; celle-ci est même la première base de cette théorie. Nous préférons cependant parler de la confusion de la cause et de la condition, qui en constitue le caractère véritablement original ; d'ailleurs, sans cette dernière confusion, la théorie de la cause impulsive et déterminante n'aurait pas pu pleinement se réaliser.

différente : la condition illicite ne rend pas nul l'acte tout entier, mais elle est réputée non écrite, et l'acte, par ailleurs, sort son plein et entier effet.

Une disposition analogue à celle de notre art. 900, du moins en matière de testaments, existait en droit romain : les mœurs de l'époque, considérant qu'il était déshonorant de mourir intestat, préféraient annuler la seule condition entachée d'illicéité à frapper de nullité le testament tout entier. On supposait que telle était l'intention probable du *de cujus*, qui eût mieux aimé abandonner la condition par lui imposée à son legs que de voir celui-ci devenir caduc.

Cette règle de droit romain fut recueillie par notre droit révolutionnaire (loi des 5-12 septembre 1791, 5 brumaire an II, art. 1^{er}, et 17 nivôse an II, art. 12). De là, elle passa dans le Code Civil.

« On comptait, par là, rendre vaines toutes les clauses inspirées par l'esprit contre-révolutionnaire : si on avait appliqué le droit commun, le donataire ou le légataire qui aurait recueilli en fait la libéralité, se serait cru obligé d'obéir à la clause à lui imposée, afin de donner satisfaction à son bienfaiteur, ou à sa famille, et d'éviter une action en restitution dirigée contre lui. En déclarant la clause non écrite, on lui assurait en quelque sorte l'impunité : il était autorisé à conserver la libéralité sans en remplir la condition. » (1) C'est là, d'ailleurs, le souci qui se manifesta dans les travaux préparatoires, et en particulier dans le rapport du tribun Barrère. On arrivait ainsi à

(1) PLANIOL, *Précis*, tome 3, 2^e éd., n° 3029. Voyez les conclusions de l'avocat général RONJAT, dans D 84, 1, 156.; S. 84, 1, 305.

frapper le donateur, qui avait affecté la libéralité par lui faite d'une condition illicite, d'une véritable peine.

Cette solution, toutefois, parut dans la suite d'une excessive sévérité. A mesure que le temps s'écoulait, la crainte d'un retour offensif des idées de l'ancien régime devenait de plus en plus chimérique, et l'on en vint à considérer l'art. 900 comme une disposition surannée, d'une inutile rigueur. On s'efforça en conséquence d'y apporter des tempéraments.

La jurisprudence eut tout d'abord recours à l'art. 1172 C. Civ., qu'elle appliqua comme s'il se fût agi d'un véritable contrat à titre onéreux, et non pas d'une donation. On remarqua, en effet, que la donation pouvait avoir ce caractère lorsqu'elle était accompagnée de charges établies dans l'intérêt du disposant ou de ses héritiers. Dans cette même hypothèse, on décida que, s'agissant d'un acte véritablement onéreux, en dépit de son apparence, l'application de l'art. 1172, C. Civ., était recevable. En conséquence, on annula la donation tout entière, lorsqu'elle fut affectée d'une condition illicite. (1)

Ce système n'était pas toutefois celui auquel la jurisprudence devait définitivement se ranger. On sait que celle-ci décidait depuis longtemps que les libéralités qui avaient une *cause illicite* pouvaient être annulées. (2) D'abord elle n'appliqua cette règle qu'aux donations pures et simples, à celles qui

(1) Paris, 2 janvier 1827, D. 29, 2, 164 ; Orléans, 20 mars 1852, S. 53, 2, 13. Cpr. Nîmes, 22 janvier 1890, note PLANIOL, où l'on retrouve encore cette conception.

(2) Voir à ce sujet ce que nous avons dit ci-dessus au sujet des donations faites à des enfants illégitimes, avec indication d'un motif illicite.

n'étaient affectées d'aucune modalité. C'est ainsi que, en 1860, elle annula comme ayant une cause illicite des libéralités faites l'une à un concubin, (1) l'autre à un enfant naturel. (2) Soudain, en 1863, par une innovation remarquable, la Cour de Cassation fit l'application de cette règle dans une hypothèse où il s'agissait d'une donation *accompagnée d'une condition illicite*. La Cour annule la condition imposée à un enfant donataire de renoncer à sa réserve au décès du donateur, « considérant qu'il est constant que la nullité de la condition entraîne la nullité de la donation, lorsqu'il est reconnu que la condition illicite a été la *cause impulsive et déterminante de la libéralité*. » (3) Les mots étaient nés, et avec eux la théorie de la cause impulsive et déterminante, à laquelle la plus belle carrière était réservée. Cette théorie fut étendue peu après à la matière des testaments. (4) Elle a été consacrée depuis par de nombreux arrêts, de sorte qu'on peut la considérer aujourd'hui comme une règle de notre droit. (5)

Ainsi, en cette matière, la jurisprudence pratique une distinction essentielle : si la condition a été la cause impulsive et dominante de la libéralité, l'acte apparaît comme ayant un caractère véritablement

(1) Cass. 27 mars 1850, D. 60, 1, 255 ; S. 60, 1, 321.

(2) Cass. 31 juillet 1860, D. 60, 1, 458 ; S. 60, 8, 833.

(3) Cass. 3 juin 1863, D. 63, 1, 429, S. 64, 1, 269.

(4) Cass. 7 juillet 1868, D. 68, 1, 446, S. 68, 1, 435.

(5) Cass. 17 juillet 1883, D. 84, 1, 156 ; S. 84, 1, 305 (note LABBÉ). 28 juin 1887, D. 88, 1, 435 ; S. 89, 1, 99 ; 8 avril 1889, D. 90, 1, 205 ; S. 89, 1, 212, et de nombreux arrêts en matière de libéralités faites à des communes sous la condition d'enseignement confessionnel, rapportés par PLANIOL, *Précis*, t. 3, 2^e éd. n° 3045 et suiv. Cpr. ce que nous avons dit à ce sujet p. 31 et suiv.

onéreux, on lui fait application de l'art. 1172 C. Civ., et la donation, ou le legs, est annulé ; mais si la condition n'a été, dans l'esprit du disposant, que la cause accidentelle et contingente de la libéralité, on laisse à celle-ci son caractère apparent de libéralité, la condition seule est annulée, et la donation ou legs sort à effet, par application de l'art. 900 C. Civ. Quant à la question de savoir si la condition est réellement la cause impulsive et déterminante, ou si elle constitue seulement la cause accidentelle et contingente de la libéralité, c'est essentiellement une question de fait, laissée tout entière à l'appréciation souveraine du juge du fond. (1)

La doctrine, au début de l'élaboration de ce système, en avait trouvé un différent, qui devait conduire, sauf un point que nous aurons à signaler, au même résultat. Demolombe (op. cit. t. XVIII, n° 205), partant du même point de vue de l'inutile rigueur de l'art. 900, observait que l'application des dispositions de cet article était, dans certains cas, d'autant plus injuste qu'on ne pouvait supposer *a priori* que le disposant eût entendu subordonner sa libéralité au maintien de la condition. Cela devait conduire à une distinction analogue à celle de la jurisprudence. Mais ce système ayant essentiellement pour base l'intention présumée du disposant, il en fallait conclure que la volonté de ce dernier devait être respectée, dans le cas où il aurait expressément indiqué que, si la condition était considérée comme nulle, il entendait que la libéralité tout entière fût annulée. La jurisprudence a

(1) Cass. 3 nov. 1886, D. 87, I, 157, S. 87, I, 241.

cependant formellement repoussé cette conséquence ; elle applique l'art. 900, alors même que le disposant aurait déclaré que la condition par lui imposée serait *de rigueur*, et qu'il entendait subordonner à son maintien l'effet de sa libéralité. (1)

Cette solution, qui est approuvée par la plupart des auteurs, prête, à notre avis, le flanc à de justes critiques.

En effet, la jurisprudence ne peut parler de cause impulsive et déterminante ou de cause accidentelle et contingente, sans faire appel à l'intention du disposant. Sa théorie est donc essentiellement basée sur une interprétation de volonté. Cela étant, lorsque cette volonté du disposant sera formellement exprimée, elle devra être, aux yeux du juge, prépondérante. La jurisprudence, qui lui refuse cet effet, manque de logique.

De plus, elle commet, au point de vue strictement juridique, de graves erreurs.

En premier lieu, elle réalise la confusion de la cause et des motifs, en appréciant, au point de vue de la licéité ou de la moralité, la cause d'une donation ; l'*animus donandi*, dans lequel nous avons analysé cette cause, échappe, en effet, à toute appréciation critique de moralité ; et cela est vrai aussi bien des donations conditionnelles que des donations pures et simples, dont nous avons précédemment parlé.

En outre, la théorie de la cause impulsive et déterminante apporte, dans l'application de l'art. 900, une

(1) Ainsi jugé pour les testaments (Cass. 7 juillet 1868, D. 68, 1, 446 ; S. 68, 1, 435), et pour les legs (Cass. 17 juillet 1883, D. 84, 1, 156 ; S. 84, 1, 305).

limitation tout à fait contraire à l'esprit de ce texte. Si, en effet, le législateur a entendu, par cette disposition, frapper d'une peine le disposant qui a subordonné sa libéralité à une condition illicite, cette punition est surtout justifiée quand cette condition est la cause impulsive et déterminante de la libéralité. Et cependant, dans ce cas, on évite au disposant cette peine, en lui restituant la libéralité tout entière ! Tandis que s'il n'a pas entendu imposer absolument cette condition, celle-ci sera annulée, mais la libéralité sortira à effet ! C'est là encore manquer de logique.

Pour expliquer cette solution, on dit que la rigueur de l'art. 900 C. Civ., n'a plus de raison d'être, qu'elle constituerait un anachronisme. Mais le fait que l'on juge une loi surannée n'en autorise pas la violation !

De plus, à un point de vue strictement légal, la théorie de la cause impulsive et déterminante est critiquable en ce qu'elle confond la cause et la condition (1). Nous savons en quoi consiste la cause. Quant à la condition, notre droit la définit : l'événement futur et incertain, duquel dépend la naissance ou la résolution d'un droit ; disons, ici, la naissance d'un droit, le droit du gratifié, car c'est seulement de cette condition (suspensive) qu'il peut s'agir. (Cpr. art. 1168).

(1) On peut ajouter qu'elle viole l'intention légale des parties. En effet, il est impossible à la jurisprudence de dire *à priori* ce que le disposant eût fait s'il eût su que sa condition dût être annulée. Dans le doute, la seule intention qu'on puisse raisonnable lui prêter, c'est qu'il a entendu que le tribunal appliquât, le cas échéant, la loi, — la loi, c'est-à-dire l'art. 900, et non la théorie de la cause impulsive et déterminante élaborée par la jurisprudence à sa place.

Cela étant, l'événement auquel le disposant a entendu subordonner la naissance du droit du gratifié, est un événement incertain, car le disposant ne sait pas si la condition sera accomplie par le gratifié, mais c'est aussi un événement *futur*. C'est donc bien une condition.

On objecte que le caractère de futurité de cet événement ne le rend pas nécessairement conditionnel, et l'on tire argument, en ce sens, de l'art. 1181 C. Civ., aux termes duquel la condition peut être un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties. Mais cette objection n'est pas sérieuse. Tout le monde s'accorde à reconnaître que l'art. 1181 C. Civ., est mal rédigé, qu'il contient une erreur manifeste, et que le caractère de futurité est l'élément essentiel de la condition (1).

Donc, la condition à laquelle le disposant subordonne le maintien de sa libéralité est véritablement une condition et non une cause. La jurisprudence, qui lui applique éventuellement les règles admises en matière de cause (art. 1172), viole donc la distinction de la cause et de la condition (2).

(1) En ce sens, PLANIOL, *Précis*, t. 1, 1^{re} éd., n° 290, et généralement tous les auteurs.

(2) Le plus simple n'est-il pas, au surplus, de s'en tenir aux expressions employées par les parties ? Celles-ci ont parlé de condition et non de cause. Il faut donc appliquer les règles en matière de condition (art. 900). Toute interprétation contraire est divine. Il est vrai que la jurisprudence se soucie, en cette matière, fort peu de l'intention des parties. (V. ce que nous disons ci-dessus au texte et note 1 page suiv.). Mais alors on se demande sur quoi la théorie de la cause impulsive et déterminante est basée. Cela est déconcertant pour le juriconsulte qui ne trouve, pour la qualifier, que le mot d'arbitraire.

En définitive, la jurisprudence, écartant la rigueur de l'application de l'art. 900, paraît agir dans un sens favorable à la liberté individuelle. Il n'en est rien cependant, car elle n'hésite pas à violer cette même liberté, dans un cas où l'intention des parties n'est pas douteuse, celui où le disposant a expressément déclaré qu'il entendait que la condition fût de rigueur (1). (V. supra). En fin de compte, l'intention des parties est complètement étrangère à la théorie de la cause impulsive et déterminante, qui ne sert à la jurisprudence que comme un moyen arbitraire de réaliser l'idéal de justice qu'elle s'est proposé. Mais comme, éventuellement, cette théorie est restrictive de l'intention des parties, nous avons cru nécessaire d'en aborder l'étude, au point de vue restrictif de la liberté.

(1) Souvent même, il est bon d'observer, la jurisprudence viole ainsi l'intention des parties dans leur propre intérêt. Il en est ainsi notamment dans l'application qu'elle a faite de la théorie de la cause impulsive et déterminante en matière de legs à des communes, sous condition d'enseignement congréganiste. La loi du 30 octobre 1886 (v. supra), a rendu semblable condition illicite, tant pour le passé, à raison du caractère rétroactif de l'ordre public, que pour l'avenir. Il en est résulté que, pour les libéralités ainsi faites avant la loi nouvelle, l'accomplissement de la condition ne s'imposait plus, cette condition devant être annulée; mais la libéralité était maintenue. Du moins, tel était le résultat auquel devait conduire l'application de l'art. 900. Mais la jurisprudence a considéré que ce résultat manquait d'équité. Puisque la condition d'enseignement confessionnel ne pouvait plus être observée, elle a estimé que la libéralité devait être rapportée. Et elle a obtenu ce résultat en considérant la condition comme la cause impulsive et déterminante de la libéralité, dont l'annulation dû, en conséquence, faire annuler cette dernière (art. 1172). Elle a apporté en cette matière une « réelle bonne volonté » à interpréter ainsi l'intention des disposants. Ce fut, comme le dit M. Planiol, une *inelegantia juris* mise au service de l'équité.

SECTION III.

CONFUSION DE L'ACTE A TITRE GRATUIT ET DE L'ACTE A TITRE ONÉREUX.

Cette confusion se réalise à l'égard des donations entre concubins.

On sait que notre Code n'a pas reproduit la disposition de l'ordonnance de 1620 (art. 132), proclamant le principe de l'incapacité de se donner entre concubins (1). De là il faut conclure que cette incapacité n'a pas été maintenue, et que pareilles donations sont aujourd'hui parfaitement valables. C'est ce qui résulte, au surplus, de la disposition de l'article 1123 du Code civil, qui, énumérant les diverses causes d'incapacité, a omis de mentionner celle-là. (2)

Mais cette liberté ne saurait, dans certaines hypothèses déterminées, être excessive, et notamment aller à l'encontre des règles établies par le législateur, dans le but de protéger la liberté du donateur contre les captations, suggestions, abus d'influence, particulière-

(1) C'est ce qu'exprime le vieil adage : Don de concubin à concubine ne vaut. Ce principe était d'ailleurs consacré par plusieurs coutumes : Cout. d'Anjou art. 348, du Maine, art. 354. V. les autorités citées par DEMOLOMBE, op. cit., n° 566.

(2) Cette omission fut, du reste, volontaire. Un article du projet du C. Civ. disposant que « ceux qui ont vécu ensemble dans un concubinage notoire sont respectivement incapables de se donner », fut supprimé par le Tribunat, pour la raison « qu'on ne voulait pas autoriser des inquisitions propres à provoquer le scandale ». (FENET, t. 2, p. 275).

ment fréquents en cette matière. C'est là ce qui décide la jurisprudence qui, pour assurer ce résultat, a eu successivement recours à trois moyens.

a) En premier lieu, un arrêt de la Cour de Paris du 31 janvier 1814 (1), décida que l'état de concubinage constituait, à l'encontre du bénéficiaire de la libéralité, une présomption de captation qui devait entraîner la nullité de celle-ci. C'était là une théorie critiquable, car la mauvaise foi ne se présume pas.

Aussi, toutes les décisions postérieures ont elles abandonné la doctrine de cet arrêt, qui est restée isolée en jurisprudence. Les tribunaux se sont bornés à déclarer que, lorsque la preuve de la captation, des abus d'influence aurait été faite, la libéralité faite à un concubin pourrait être annulée (2). En vérité, la jurisprudence s'est montrée assez facile pour admettre la preuve des « manœuvres artificieuses » et des « insinuations mensongères » sur lesquelles elle fait reposer la nullité ; de sorte que, au fond, la théorie consacrée ne diffère guère de la précédente ; mais les principes sont sauvegardés, et il subsiste toujours cette différence que, dans le cas de doute, la libéralité est maintenue (3).

(1) DALLOZ, Rép. V^o dispositions entre vifs, n^o 250.

(2) Cette preuve, conformément aux principes du droit, peut se faire par tous moyens, et notamment par une enquête, production de lettres, interrogatoire des parties, etc. Par là se renouvellent les débats scandaleux de notre ancien droit, que le C. Civ. a eu précisément pour but d'éviter, en supprimant l'incapacité de se donner entre concubins. Il est donc permis de douter que cette suppression ait été une mesure excellente.

(3) C'est la théorie de Furgole, dans notre ancien droit. Cpr. « Traité des testaments », chap. V, sect. 3. De tout temps la jurisprudence s'est prononcée en ce sens. Cass. req. 17 juillet 1871, D.

b) Aussi, ce procédé ne répondant pas à toutes les exigences pratiques arbitrées par les tribunaux en matière de moralité, ceux-ci ont essayé d'un nouveau système. Ce dernier est encore moins juridique que le précédent, et il n'est guère plus satisfaisant en pratique.

On s'est efforcé d'appliquer ici les procédés déjà vus en matière de libéralités faites à des enfants illégitimes, avec indication d'un motif illicite. On se souvient que ce motif peut être, d'après la jurisprudence, la simple indication de la qualité de l'enfant. Par application de cette même idée, les tribunaux ont déclaré nulle, comme ayant une cause illicite, la donation faite à un concubin, lorsque la qualité de celui-ci était expressément mentionnée dans l'acte; *a fortiori*, ils ont annulé la libéralité lorsqu'il était formellement indiqué que celle-ci avait pour motifs des relations illicites entre le gratifié et le disposant (1). Mais on s'aperçut bientôt que ce système était ici encore en défaut, car, faisant à la donation entre concubins une application intégrale des règles suivies en matière de libéralités à enfants naturels, les tribunaux exigeaient que la preuve de l'intention du disposant de récompenser, par sa libéralité, des complaisances coupables, fût fournie exclusivement par les énonciations de l'acte. Cette rigueur était sans doute excessive, car l'intention du disposant de récompenser des relations

72, 1, 37, et 16 juillet 1885, D. 86, 1, 289, Paris, 14 novembre 1894, D. 95, 2, 115. Cpr Nîmes 30 juin 1869, D. 72, 1, 37, Cass. 2 juillet 1866, D. 66, 1, 378 et S. 66, 1, 356, et les nombreux jugements et arrêts rapportés par PLANIOL, op. cit., t. 3, n. 2884.

(1) V. l'arrêt de la C. Cass. 26 mars 1860, D. 60, 1, 321, où ce système apparaît avec le plus de netteté

illicites, étant un simple fait, devait pouvoir être établie par tous moyens ; mais les tribunaux ne surent point reculer devant cette exigence que commandait l'analogie avec les règles suivies en matière de libéralités à enfants naturels. Par là, ils se fermaient la voie que l'application du système de l'annulation de la libéralité pour cause illicite leur avait ouverte ; ils s'interdisaient d'apprécier l'intention immorale des parties et, par suite, de prononcer la nullité dans le cas où, sans ressortir expressément des indications de l'acte, l'intention illicite du disposant n'en était pas moins certaine ; et, de plus, ils se mettaient dans l'obligation de prononcer la nullité de la libéralité dans des cas où, sous l'apparence d'une donation avec un motif illicite, résultant de l'indication de l'état de concubinage des parties, pouvait se cacher une cause véritablement sérieuse et licite, telle que le désir du disposant de réparer un préjudice causé, ou de subvenir à l'entretien de l'enfant issu des relations illicites, etc. Par là cette théorie se condamnait fatalement à l'arbitraire (1).

Ajoutons qu'elle s'exposait à voir éluder par l'habileté des parties la nullité qu'elle prononçait. Puisque la libéralité faite à une concubine n'était annulée que

(1) Emus de cette considération, certains tribunaux ont essayé de restreindre la nullité au cas où l'intention illite du disposant apparaissait en dehors des indications mêmes de l'acte. Ils ont admis, en conséquence, que cette intention pouvait être établie par tous moyens de preuve et, en particulier, par une enquête. (V. en ce sens : Besançon, 19 mars 1862, D. 62, 2, 68; Caen, 2 juillet 1872, S. 73, 2, 145; Agen, 7 juillet 1886, S. 82, 2, 189; Dijon, 3 décembre 1894, D. 95, 2, 237. V. plus récemment, Agen, 29 Nov. 1901, ép. Dumail c. hoirs Pesquier) arrêt non publié. Ils n'ont fait qu'augmenter la confusion.

dans le cas où son motif illicite, l'existence des relations de concubinage, était expressément indiqué dans l'acte, les parties avaient un moyen bien simple d'éviter la nullité : c'était de passer sous silence, dans l'acte, ce motif réputé illicite. Par là, alors même que ce motif eût été réellement immoral, elles le dérobaient au contrôle des tribunaux, et l'effet de la libéralité était assuré. Ce système, qui soumettait ainsi l'application de la nullité à l'entière faculté des parties, n'était donc pas satisfaisant en pratique, et devait, par suite, être repoussé.

c) Aussi la jurisprudence s'est-elle efforcée de faire triompher un troisième système, qui répondit à ses exigences pratiques relativement au respect des règles de moralité nécessaires en matière de libéralités entre concubins, en même temps qu'elle pouvait espérer qu'il échappât à l'accusation d'avoir confondu la cause et les motifs de l'obligation, qu'elle avait conscience d'avoir encourue. (1)

Mais, pour éviter cette dernière critique, elle s'est exposée au reproche bien plus grave, puisqu'il était sans précédent, d'avoir maladroitement confondu les règles de l'acte à titre onéreux et celles de l'acte à titre gratuit. (2)

(1) V. *infra*, p. 146, note 2.

(2) C'est pour cette raison que nous préférons considérer la jurisprudence, sur ce point, plutôt comme ayant réalisé la confusion de l'acte gratuit et de l'acte onéreux que celle de la cause et des motifs. Outre que la première de ces confusions est la plus récente, elle est celle qui marque la théorie de la jurisprudence d'un trait véritablement original. (Voir à ce sujet l'observation analogue que nous avons faite au sujet de la théorie de la cause impulsive et déterminante, p. 131, note 1.)

Pour annuler la libéralité faite à un concubin, en dehors de toute indication d'un motif illicite, la jurisprudence actuelle admet que l'acte à titre gratuit, portant libéralité à un concubin, n'a pas nécessairement ce caractère. S'il est établi, — et c'est là une preuve que les intéressés pourront faire désormais par tout moyen, — (1) que le disposant, en accomplissant la libéralité, a eu un motif illicite, tel que celui de récompenser des complaisances coupables, ou d'obtenir un profit malhonnête, ce n'est que par une fiction, contraire à la réalité, qu'on peut considérer cet acte comme une donation, c'est-à-dire un acte à titre gratuit. Il constitue au fond, en dépit de la supercherie des mots, une véritable convention onéreuse, et, par suite, on doit lui faire application des dispositions du Code Civil en matière d'actes à titre onéreux. Cet acte est annulé comme ayant une cause illicite, par application des art. 1131 et 1133 C. Civ. (2)

(1) On remarquera la contradiction à laquelle aboutit la jurisprudence. Après avoir déclaré relativement aux donations à enfants naturels (v. p. 128, note 1) et même, dans un précédent système, en matière de donations entre concubins (v. p. 142), que la preuve de l'intention illicite du disposant ne peut être recherchée en dehors des énonciations de l'acte, et ce, pour éviter des recherches scandaleuses, susceptibles de déshonorer les familles, elle abandonne ici ce point de vue, qui est celui de la validité des donations entre concubins tout entière, pour décider que la preuve de l'intention illicite du disposant pourra être faite par tous moyens. Elle ressuscite ainsi les recherches scandaleuses que la loi a voulu éviter. — Ajoutons que la jurisprudence se montre ici assez facile pour l'acceptabilité de la preuve.

(2) Tel est le système qui avait été appliqué d'abord aux donations proprement dites (Grenoble, 30 avril 1858, D. 58, 2, 164). Il a été repris depuis et appliqué, avec plus de certitude, aux donations déguisées sous forme d'un contrat à titre onéreux, (Cass. req. 23 juin 1887, D. 89, 1, 36 ; Cass. req. 4 janvier 1897, D. 97, 1, 126 ; Alger, 23 déc. 1895, D. 97, 2, 453), puis aux testaments (Paris, 13 nov.

Mais à l'inverse, s'il est établi que la libéralité, — et ceci doit être admis en l'absence de toute preuve contraire, — a eu pour cause une intention morale du disposant, et, en particulier, celle d'acquitter une dette d'honneur, ou de réparer un préjudice causé, en payant une pension alimentaire soit à la mère, soit à l'enfant issu du concubinage, alors on laisse à la donation son véritable caractère d'acte à titre gratuit, et elle est validée sur le fondement de sa cause déclarée licite (1).

1893, D. 95, 2, 115. Suppl. Dijon, 22 mars 1900, D. 1900, 2, 45). — Les arrêts qui consacrent cette théorie font à cette occasion la distinction de la cause et des motifs. C'est la condamnation très nette de la confusion qu'ils ont commise en matière de donation, à propos des libéralités à des enfants illégitimes avec indication d'un motif illicite, et même à propos des donations entre concubins. (V. à cet égard ce qui a été dit supra p. 142). Cpr. l'arrêt de la Cour de Montpellier, confirmé par la C. de Cass., Chambre des requêtes, du 23 juin 1887, D. 89, 1, 36, et, plus manifestement encore, C. de Paris, 10 novembre 1893, D. 95, 2, 115. Voir également, à titre de curiosité, sur cette distinction, Trib. civ. Tarbes, 14 mars 1899, S. 1900, 2, 219, et diverses décisions rapportées dans notre examen de la jurisprudence relative aux établissements immoraux, p. 116. C'est donc volontairement et avec une parfaite conscience de l'illégalité commise, que la jurisprudence a confondu en cette matière la cause et les motifs de l'obligation. Cette constatation lui laisse toute la responsabilité des décisions contradictoires, véritable anarchie du droit, auxquelles elle a abouti en pratique.

Sur le droit que s'arroge la C. de Cass. d'apprécier le véritable caractère des actes qui lui sont soumis, indépendamment de toute dénomination qu'ont pu leur donner les parties, consulter, indépendamment des arrêts rapportés ci-dessus, DALLOZ, Rép. V^o Cass. n^o 1580

(1) En dépit de ses prétentions, la jurisprudence n'échappe donc pas au reproche d'avoir confondu la cause et les motifs. Sans doute cette confusion est évitée lorsque, l'intention du disposant étant démontrée illicite, la libéralité est traitée comme un acte à titre onéreux (les actes de cette nature admettent en effet l'appréciation de leur cause au point de vue de la licéité). Mais la confusion renaît lorsqu'on laisse à la libéralité son caractère d'acte à titre

Cette jurisprudence est satisfaisante en pratique : il nous paraît toutefois douteux qu'elle soit fondée en théorie. On ne peut qu'applaudir aux décisions d'équité qu'elle suggère : il est regrettable qu'elle viole manifestement la loi.

Son système repose sur une confusion fâcheuse des caractères de l'acte à titre gratuit et de ceux de l'acte à titre onéreux.

L'acte à titre onéreux est, par définition, celui dans lequel chacune des parties, en contractant, a entendu se procurer l'avantage que lui promet l'autre partie. Si cet avantage réciproque n'existe pas, l'acte manque précisément de ce qui en fait le caractère onéreux : une cause intéressée : cet acte pourra constituer une donation, mais il ne sera plus un contrat à titre onéreux (1).

Dans ces conditions, il est impossible de considérer la donation entre concubins comme un acte véritablement à titre onéreux. Sans doute, en accomplissant sa libéralité, le disposant n'a pas eu une vue

gratuit : dans ce cas, on examine la cause de l'acte au point de vue de sa moralité. Mais cette cause, l'*animus donandi*, est précisément rebelle à cette appréciation.

(1) « Le caractère gratuit ou onéreux d'un contrat, dit M. PLANIOL, dépend de la réciprocité des prestations ou des engagements échangés entre parties. Si chacune d'elles donne quelque chose ou prend un engagement, le contrat est onéreux. Si cette réciprocité fait défaut, si une partie donne ou fait quelque chose sans rien exiger en retour, le contrat est à titre gratuit. » (Note PLANIOL sous Nîmes, 22 janvier 1890, D. 91, 2, 113). Et dans une savante étude insérée dans la *Revue critique*, 1888, p. 705. « Dans quel cas la donation faite par un concubin à l'autre peut être annulée », l'auteur ajoute que le procédé employé par la jurisprudence pour faire passer la donation entre concubins comme un acte à titre onéreux aboutit à un véritable « travestissement » de la réalité.

absolument désintéressée, mais il en est ainsi de toutes les donations, même de celles auxquelles on ne songe pas à refuser ce caractère (3).

En définitive, si l'on s'interdit, — comme le droit commande de le faire, — de confondre l'acte à titre gratuit de l'acte à titre onéreux, on en est réduit à n'envisager la donation entre concubins que sous le point de vue de sa cause. Or, cette cause, l'*animus donandi*, ne saurait être illicite.

Cela conduit à valider les donations entre concubins.

En résumé, aucun système précis ne paraît avoir guidé, en cette matière, la jurisprudence. Tandis que, s'en tenant à la théorie classique, certains tribunaux se bornent à prononcer la nullité de la donation entre concubins, lorsque celle-ci apparaît comme ayant été le fruit de la captation, c'est-à-dire de la fraude, du dol, d'autres, désireux de réaliser un idéal de moralité dont l'application leur a paru être un devoir de leur fonction, semblent admettre que cette libéralité pourra être annulée lorsque l'intention illicite du disposant sera réalisée simplement par le fait de la donation elle-même ; mais, pour la recherche de cette intention, les uns, désireux d'éviter le scandale, s'en tiennent aux énonciations de l'acte ; d'autres, pour se rendre compte d'une façon plus

(3) Ainsi de la donation que fait un père à son fils, dans son contrat de mariage. Par là le père se débarrasse, en fait, de l'obligation qui pèse sur lui, en vertu de la loi, de subvenir à l'entretien de son enfant. Cependant personne ne songe à contester à cette donation son caractère de libéralité. Il en est ainsi de toutes les donations où l'intérêt exclusif du gratifié n'est pas le but unique du disposant.

exacte et, dans tous les cas, plus générale, de l'illicéité réelle de l'intention du disposant, admettent que le caractère véritable de cette intention pourra être recherché en dehors des énonciations de l'acte, par tous moyens de preuves ; d'autres enfin, et ce sont peut être les plus nombreux, rejetant toute distinction suivant que le caractère illicite de l'intention est démontré par des éléments pris dans l'acte lui-même ou en dehors de lui, annulent la libéralité lorsque celle-ci leur paraît dissimuler un véritable contrat à titre onéreux, sous l'apparence d'une disposition à titre gratuit. (Art. 1172). En résumé, la plus grande incertitude règne à cet égard en jurisprudence. Quel que soit le système qu'on croira devoir adopter, il est urgent qu'une solution définitive intervienne.

QUATRIÈME PARTIE

Le nouveau Code Civil allemand.

CHAPITRE PREMIER

THÉORIE DE LA DÉCLARATION DE VOLONTÉ.

Nous nous proposons d'étudier comment le droit allemand a résolu le problème de l'autonomie de la volonté et des limitations apportées à ce principe.

« Le droit allemand part de ce principe que la volonté par elle-même, acte de volition interne, ne peut produire aucun effet juridique ». Cet effet est rattaché essentiellement à la déclaration de volonté, fait matériel, extérieur, susceptible d'appréciation objective : « Tout se ramène, écrit M. Saleilles, (1) à l'autonomie de la volonté, seule libre, maîtresse et souveraine. Seulement, cette volonté n'est pas souveraine

(1) SALEILLES : *De la déclaration de volonté*, p. 19.

dans son fond et dans sa réalité psychologique ; elle ne l'est que dans sa manifestation extérieure. La volonté autonome, mais la déclaration substituée à la volonté, tel est le principe du Droit moderne consacré par le Code civil allemand. »

Mais l'autonomie de la volonté souffre deux exceptions du fait des principes posés par la loi en matière d'interprétation judiciaire, et relativement à la limitation imposée par l'ordre public et les bonnes mœurs.

A ce double point de vue, la conception du nouveau C. Civ. allemand est intéressante, car elle confère au juge un pouvoir très étendu (1) : 1^o Il est gardien de l'intérêt des parties, et, à ce titre, il doit rechercher ce que l'auteur de la déclaration a voulu déclarer, et, en outre, « combler les lacunes de la volonté par des déductions interprétatives ou supplétives » ; 2^o Il est en même temps l'interprète de la conscience publique. « Il n'assure l'exécution de la convention qu'autant que celle-ci ne lui paraît avoir rien d'injuste ni d'immoral. S'il estime qu'il y a abus, conditions léonines, exploitation des embarras, de la légèreté ou de l'inexpérience du contractant, l'art. 138 lui permet de tenir l'engagement pour nul. »

Nous étudierons successivement les limitations à l'autonomie individuelle résultant des pouvoirs d'interprétation du juge, et celles résultant de ses pouvoirs de prohibition, de défense, au nom de l'ordre public et des bonnes mœurs.

(1) J. CHARMONT, *Revue critique*, Compte-rendu de l'ouvrage de Saleilles, 1902, p. 456 et suiv.

SECTION I.

LIMITATIONS RÉSULTANT DES POUVOIRS D'INTERPRÉTATION DU JUGE. (1)

La théorie de la déclaration de volonté a pour base essentielle l'idée d'utilité sociale.

Il est facile de remarquer que la théorie française de la volonté, appliquée en matière contractuelle, présente de graves dangers. Qu'est-ce que le contrat, dans cette théorie ? La coïncidence de deux volontés. Mais les volontés sont des faits purement intérieurs. De là cette conséquence que les tiers n'auront pas une connaissance nette et précise du contrat ; on pourra l'invoquer contre eux, le faire annuler peut-être, au préjudice de leurs intérêts.

De cette remarque est né le système de la déclaration de volonté. L'intérêt social veut que le contrat n'existe, au point de vue des tiers, que par sa manifestation extérieure. Elle seule lui donnera corps. Ainsi, il sera visible pour tout le monde. Aucune erreur d'interprétation ne sera possible.

Mais si le principe d'utilité sociale est à la base du contrat, il doit commander également son interprétation. Or, comment doit-on interpréter un contrat, au mieux de l'intérêt social, c'est-à-dire de l'intérêt des tiers ? Evidemment en donnant à ce contrat le sens

(1) BÜLOW, *Das Geständnissrecht*, d'après G. DEREUX, « Etude des diverses conceptions actuelles du contrat », *Revue critique* 1901, p. 513 et 1902, p. 105.

et la portée que des tiers lui eussent attribués, la signification qu'il revêt au point de vue du public. C'est dire, en d'autres termes, que nous devons interpréter le contrat conformément au *sens commun*. Le sens commun substitué à l'intention des parties, tel est le premier critérium de l'interprétation du juge.

Ces idées trouvent leur illustration naturelle dans la disposition de l'art. 157 : en matière de conventions, cet article commande au juge de statuer, non point d'après l'intention réelle des parties, mais d'après la bonne foi, les usages. Pourquoi cela ? C'est que, en matière de contrats, et principalement de contrats à titre onéreux, on se trouve en présence d'intentions qui ont pu n'être pas concordantes. Pourquoi, dès lors, contraindre les parties à s'entendre, en réalisant un accord peut-être factice ? Cet accord risquerait de tromper les tiers, qui ont pu ne pas le prévoir. On interprètera donc le contrat suivant la bonne foi et les usages, seules règles sur l'application desquelles les tiers aient pu raisonnablement compter.

Bref, on fera triompher ici les notions de l'utile et du juste. Nous ajoutons cette notion du juste qui précise la première, plutôt qu'elle ne la complète, car la justice est d'utilité sociale.

Mais ce n'est pas à dire que la volonté n'ait pas à intervenir. Quelquefois, assez souvent même, le principe d'utilité sociale, admis comme base d'interprétation, commandera d'y faire appel. On rendra à la volonté son autorité chaque fois que les besoins de la pratique le voudront.

Il pourra en être ainsi, au cas de contrat, en par-

ticulier lorsque le critérium du sens commun suggèrera au juge plusieurs décisions, entre lesquelles il pourra hésiter. Mais cela sera surtout fréquent en matière de déclarations de volonté unilatérale. (1)

Effectivement, l'article 133, parlant de la déclaration de volonté unilatérale, recommande d'y rechercher l'intention réelle de son auteur (2).

Seulement, qu'on le remarque bien, si l'on a ainsi recours à l'intention, ce n'est point par respect pour la volonté, mais parce que l'utilité sociale l'exige. Pour reprendre l'exemple d'une déclaration unilatérale, sur quoi ont pu compter les tiers? Est-ce sur l'intention apparente, ou sur l'intention réelle? Evidemment sur cette dernière. Donc, on recherchera l'intention réelle, mais seulement parce que l'utilité sociale le veut ainsi. L'utilité sociale demeure par conséquent, même lorsqu'on fait appel à la volonté, la seule vraie base de l'interprétation du juge.

Il en est de même lorsque ce recours à la volonté est impossible, ce qui a lieu dans le cas où cette volonté n'a pas existé. Dans ce cas, l'utilité sociale, qui est restée la vraie, redevient l'unique base sur laquelle le juge doit asseoir son interprétation. Il se conformera à la règle déjà déduite du plus utile et du plus juste.

Ainsi, écrit Bülow (op. cit.), la théorie de la déclara-

(1) Le droit allemand consacre le principe de la volonté unilatérale, c'est-à-dire de la volonté par elle-même et par elle seule créatrice de l'obligation, dans 4 cas : promesse de fondation, promesse de récompense, titre au porteur et stipulation pour autrui, sous réserve, en ce dernier cas, de l'intention des parties.

(2) Art. 139 : Pour ce qui est de l'interprétation d'une déclaration de volonté, il y a lieu de rechercher la volonté réelle et de ne pas s'en tenir au sens littéral de l'expression. V. le commentaire de cet article dans SALEILLES. op cit.

ration de volonté explique bien des phénomènes que la théorie française de la cause est impuissante à justifier. C'est pour une raison d'utilité sociale qu'on devra admettre que le contrat puisse naître en dehors de la volonté réelle de ses conséquences, comme au cas où une personne signe un contrat de mariage, stipulant tel régime matrimonial qu'elle ne connaît pas, ou constitue une hypothèque, dont elle ignore exactement la portée et les conséquences. Pour la même raison, on décidera, au cas de contrat, que l'erreur de l'une des parties sur les résultats de sa déclaration n'annule pas nécessairement cette dernière. De même on explique que le juge doive tenir compte, avant tout, des termes de la convention.

CRITIQUE DE LA THÉORIE DE LA DÉCLARATION DE VOLONTÉ

M. Dereux (op. et loc. cit.), estime toutefois que les avantages de la théorie allemande sur la théorie française sont plus apparents que réels, et que, au fond, la théorie de la déclaration de volonté avoisine de fort près la théorie rivale de la volonté.

En effet, sur la base même du principe d'utilité sociale qui est à l'origine de la théorie de la déclaration, le droit allemand est obligé d'apporter à cette dernière des restrictions incessantes.

On parle de « déclaration volontaire d'engagement ». Que faut-il entendre par là ?

Une déclaration n'est volontaire que si, en la faisant, on sait qu'on déclare quelque chose (1) et, en outre,

(1) M. DEREUX, op. cit., cite l'exemple du cas où, passant dans la rue, je lève subitement le bras, pour me garantir des rayons du soleil. Un cocher de fiacre, passant dans la rue au même moment,

si l'on sait exactement ce que l'on déclare (1). Autrement, « la déclaration serait dans une large mesure inconsciente, et dans cette même mesure elle ne serait pas volontaire ».

Mais si la volonté joue un tel rôle dans la déclaration, nous voilà revenus tout près de la théorie classique de la volonté. Celle-ci exige, en fait, comme élément constitutif essentiel du contrat une *volonté déclarée*. La théorie allemande exige une *déclaration volontaire*. Dans l'une et l'autre théorie, la volonté joue un rôle prépondérant, et tout se ramène à peu près à une différence de mots.

Quoi qu'il en soit, la théorie de la déclaration de volonté ne permet pas d'obtenir, au point de vue pratique, des résultats plus satisfaisants que ceux de la théorie de la volonté, dont nous avons déjà parlé. Ainsi, pour reprendre un exemple déjà cité (p. 45), la théorie de la volonté conduit à valider un contrat passé sous l'empire d'une nécessité économique ou morale, telle que l'obligation pour un ouvrier, après une longue grève, d'accepter les conditions onéreuses d'un patron puissant. La théorie de la déclaration n'a pas un résultat différent. Le contrat est validé au premier point de vue, parce qu'il y a eu volonté réelle, il

voit ce geste et s'imaginer que je le retiens. Y a-t-il contrat ? Non, car il n'y a pas déclaration volontaire d'engagement; il y a bien un acte volontaire, en ce sens que j'ai voulu le geste que j'ai accompli, mais il n'y a pas déclaration volontaire, parce que je n'ai pas voulu ce geste en tant que constitutif d'une déclaration.

(1) Exemple : X. me propose de prendre à bail sa maison. Je fais un signe d'acquiescement, pensant qu'il s'agit d'une vente. Le contrat ne peut pas se former, parce qu'il n'y a pas déclaration volontaire, quant au bail, de ma part.

l'est également au deuxième, parce qu'il y a eu déclaration volontaire.

SECTION II

LIMITATION RÉSULTANT DES POUVOIRS DE PROHIBITION DU
JUGE AU NOM DE L'ORDRE PUBLIC ET DES BONNES
MŒURS (1).

a) Délimitation. — Nous avons vu qu'en droit français le champ d'investigation des pouvoirs du juge, au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs, s'étend et se limite à la cause (2).

Différent est le point de vue du Code Civil allemand.

Partant du principe de l'autonomie de la volonté, celui-ci déclare que la délimitation du contenu juridique d'un acte est l'œuvre exclusive des parties. En

(1) A cette double question répond l'art. 138 du C. Civ. allemand, ainsi conçu : « Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul. — Est nul, en particulier, un acte juridique par lequel quelqu'un, exploitant la légèreté d'esprit ou l'inexpérience d'un autre, tire profit de la situation en ce que celui-ci lui promet ou lui assure de toute autre façon, à lui ou à un tiers, pour une prestation par lui faite, des avantages de valeur patrimoniale qui excèdent la valeur de la prestation fournie, de telle façon qu'en tenant compte des circonstances, les avantages qui en forment l'équivalent soient par rapport à cette prestation dans une disproportion choquante. »

(2) En ce sens, M. SALEILLES a pu dire que la théorie de la cause, dans le Code Civil français, constituait à la fois « une atteinte et une garantie à l'égard du principe de l'autonomie individuelle » SALEILLES, op. cit., p. 252.

d'autres termes, le contenu réel de l'acte est strictement limité à son contenu formel.

Il suit de là que si les parties ont entendu comprendre de simples motifs dans le contenu formel de l'acte, ceux-ci font partie du contenu réel, et doivent, par suite, être soumis à l'appréciation du juge, au point de vue de la licéité et de la moralité. Et, à l'inverse, si les parties ont ôté de leur déclaration ce qui, en droit français, dût constituer la cause, cette cause sera exclue du contenu réel de l'acte, et échappera, par conséquent, à l'appréciation du juge.

Mais, comme un pareil système eût permis aux particuliers de soustraire leurs engagements à la critique des magistrats, en excluant du contenu formel de l'acte tout élément intentionnel immoral, le Code civil a pris une sage précaution : il a étendu le champ d'investigation des pouvoirs du juge jusqu'à la compréhension des simples motifs ; seulement, pour que ces pouvoirs eussent un caractère d'objectivité suffisant, afin d'écarter, dans la mesure du possible, tout danger d'arbitraire, le Code a entendu donner au juge une base d'appréciation suffisamment ferme et solide : cette base, c'est l'atteinte aux bonnes mœurs, qui seront ultérieurement définies « le minimum de moralité nécessaire dans les transactions privées, tel qu'il est admis par les mœurs, prises dans leur conception moyenne de l'honnêteté ».

Tout est donc question d'usage. Par application de cette idée, le droit allemand annule la libéralité dont le but est illicite. Car la conception moyenne de la moralité juridique actuelle rapproche la libéralité de son but. Or, ce but est, par hypothèse, immoral. Il faut donc annuler la libéralité.

En matière de contrats synallagmatiques, et par application du même principe, il n'est pas douteux que le juge puisse prononcer la nullité, si l'illicéité ou l'immoralité apparaît dans le contenu du contrat, à l'occasion d'un élément ayant valeur juridique, tel qu'une modalité.

Mais, même en dehors de ce cas, le droit du juge d'annuler le contrat est évident, s'il est imposé par l'usage. Or, il est certain que l'usage commande de s'attacher à la recherche de l'intention des parties, en dehors des clauses réciproques qui constituent le contenu du contrat. Immorale, cette intention entraînera donc la nullité.

b) Conception. — Relativement à la question de conception, le projet primitif posait deux règles d'appréciation : l'ordre public, c'est-à-dire « l'ensemble des principes de caractère constitutionnel servant de fondement à l'ordre social, industriel et politique », et les bonnes mœurs, définies l'idéal de moralité répondant en fait à la conscience publique.

Mais la seconde commission ayant observé qu'il serait dangereux de mettre entre les mains du juge une arme aussi vague, aussi mal définie que l'ordre public, la notion de l'ordre public fut supprimée, mais il fut entendu que la conception des bonnes mœurs serait élargie en ce sens qu'elle embrasserait non seulement les actes de moralité privée, mais aussi la morale sociale.

En vain cette suppression fut attaquée devant la commission du Reichstag par le parti social-démocrate, qui espérait profiter de la conception d'ordre

public pour imposer l'idéal de sa doctrine. Vigoureusement défendue par les représentants des gouvernements, qui constituaient au Reichstag le parti conservateur et modéré, la suppression de l'ordre public fut maintenue (1).

Mais, pour donner, dans une certaine mesure, satisfaction aux desiderata du parti socialiste, bien que le principe de l'ordre public fût repoussé, on en fit une application pratique en matière d'usure, où l'on pensa qu'il pouvait être insuffisant de s'en remettre à la seule appréciation du juge, pour l'annulation du contrat. Le contrat d'usure, à crédit aussi bien qu'au comptant, fut ainsi condamné, non seulement en tant que réalisant objectivement une disproportion choquante des équivalents, (ce point de vue isolé eût conduit à annuler tous les contrats léonins, — ce que l'on voulait éviter), mais, en outre, en tant qu'il contenait une exploitation de l'individu (élément subjectif). (Art. 138 C. Civ., deuxième partie).

Le texte, après une vive discussion en séance plénière, fut maintenu dans la conception rapportée ci-dessus.

C'était une innovation remarquable.

Ceci dit, il resterait à exposer quelles règles doivent guider le juge dans sa conception en matière de

(1) On invoqua à l'appui le danger de l'ordre public, et on en donna comme exemple la question de la validité des clauses d'interdiction de concurrence. L'ordre public, dit-on, eût, en cette matière, conduit à prononcer la nullité des clauses de ce genre, comme contraires au principe de la liberté individuelle. Et cependant, en fait, les « bonnes mœurs » commandaient de les respecter, lorsque, du moins, elles n'excédaient pas des limites raisonnables.

bonnes mœurs. Mais comme nous avons déjà eu l'occasion d'indiquer ces règles à propos de la conception des bonnes mœurs dans notre droit français, auquel nous en avons fait l'application, nous devons nous borner ici à un simple renvoi. (1)

CRITIQUE DE LA CONCEPTION ALLEMANDE DES POUVOIRS
DU JUGE EN MATIÈRE DE BONNES MŒURS

La théorie de l'art. 138 C. Civ. allemand est loin d'être parfaite, et mérite d'être critiquée au double point de vue de la question de délimitation et de conception des pouvoirs du juge, qu'elle a pour mission de résoudre.

a) Critique de la délimitation.

Cette délimitation ne trompe personne. Il faut au juge allemand des règles objectives, qui rassurent le crédit public; comme telle est la nature, ou tel est le rôle, en droit français, de la théorie de la cause.

Mais qui ne voit que la théorie allemande n'est qu'un trompe-l'œil, et se paie de mots? Où doit être pris ce critérium objectif, qui assure la limitation des pouvoirs d'investigation du juge, au point de vue des bonnes mœurs, en matière d'actes de la vie privée? Dans la conception de la conscience publique relativement à l'honnêteté et à la probité en affaires.

(1) V. supra p. 36 et suiv.

Mais qui est-ce qui interprète cette conception ? le juge ! Et qui l'applique ? le juge ! C'est dire que la conscience publique se confond avec la conscience du juge, et que l'appréciation du juge devient le seul arbitre de la liberté des parties, quant au domaine où elle est autorisée à librement s'exercer. C'est du subjectivisme, et toutes les règles absolues que l'on posera à cet égard seront vaines, car leur application dépend de l'appréciation souveraine du magistrat. Il est difficile de qualifier autrement que d'arbitraire ce pouvoir excessif donné au juge.

b) Critique de la conception

Nous adresserons à la conception des bonnes mœurs, dans le droit allemand, une critique analogue : baser les bonnes mœurs sur les usages, voire sur les bons usages, dans la conception des honnêtes gens, même si l'on exige que ces usages soient susceptibles de réalisation pratique, c'est se livrer, pieds et poings liés, à l'appréciation arbitraire du magistrat. Pas plus en cette matière que dans la précédente, il n'existe de règles absolues ; ou plutôt, la seule règle qu'on puisse poser ici, c'est qu'« il est interdit au juge de faire ce qu'il a pour mission d'empêcher » : il doit faire respecter les bons usages, or, ces usages veulent qu'il ne substitue point sa conception personnelle à eux-mêmes.

Mais, combien l'appréciation de ces usages est difficile ! Malgré tout, dans leur constatation, le juge est appelé à jouer un rôle prépondérant, et c'est là, précisément, ce qui constitue le danger d'arbitraire.

CHAPITRE II

COMPARAISON DES POUVOIRS DU JUGE EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE

*(Résumé des idées générales précédemment
exposées et conclusion).*

I. — Arrivés à ce point de notre étude, nous ne saurions utilement nous demander quel enseignement on en peut tirer, quant à la question de liberté de l'acte juridique et de ses limites, sans faire la comparaison, au point de vue des pouvoirs du juge, des conceptions allemande et française. Nous essaierons de voir les avantages et les inconvénients des deux conceptions, et nous nous efforcerons d'en tirer profit, en les corrigeant, si possible, l'une par l'autre.

A un autre point de vue, cet examen nous sera utile, en ce qu'il nous permettra de jeter un coup d'œil rétrospectif sur ce que nous avons dit, relativement à notre droit, de la liberté de l'acte juridique et de ses limites, et d'en faire le résumé nécessaire, au couronnement de cette étude.

Le droit français admet pleinement la théorie de l'autonomie de la volonté. Sous quelques réserves (contrats formalistes, inefficacité de la volonté unilatérale), cette volonté est suffisante pour faire naître

le contrat. Ce n'est pas, à vrai dire, que la volonté réalise tout son effet pratique par elle-même et par elle seule ; elle a souvent recours à la fiction (volonté implicite, volonté supposée, création arbitraire du magistrat) ; mais enfin, tant bien que mal, — plutôt mal, il est vrai, que bien, — elle atteint son résultat pratique, qui est de créer le contrat, le lien obligatoire entre parties.

Ce n'est pas là le seul point de vue sous lequel doit être considérée la volonté. Un autre aspect plus intéressant et, dans tous les cas, plus pratique, conduit à examiner les limitations nombreuses que les théories de l'ordre public et des bonnes mœurs apportent au principe de l'autonomie. Ici, nous sommes en présence d'une incertitude considérable ; point de critérium certain ; la seule règle est, au fond, — sauf en ce qui concerne l'ordre public, pour certains cas particuliers expressément déterminés par la loi, — l'appréciation individuelle du juge. D'autre part, la doctrine du Code Civil est trop étroite. Et, sur ce point, nous assistons à une évolution progressive extrêmement intéressante. Dans un but de protection des faibles, de sécurité des tiers, de crédit public, bref, dans un intérêt social, la loi étend peu à peu la notion d'ordre public. La jurisprudence, de son côté, suit une évolution parallèle à celle de la loi : elle se fait l'instrument de l'équité et, sous la poussée des idées nouvelles, brise le cadre étroit des formules et des textes où elle était enfermée.

A vrai dire, la jurisprudence relative à la conception de l'ordre public et des bonnes mœurs n'a rien de contraire à la loi : celle-ci laisse le juge libre de

fixer cette conception comme il l'entend, sauf une petite réserve pour le cas où la loi a déterminé elle-même la conception de l'ordre public; en cela, il ne commet aucune illégalité, il ne fait qu'user de ses pouvoirs.

Mais il n'en est pas de même relativement aux limites imposées par la loi au champ d'investigation des pouvoirs du juge. Ici, la conception légale de la délimitation de l'ordre public et des bonnes mœurs a paru au juge trop étroite, trop rigoureuse, ou plutôt, elle l'a gêné dans l'application de ses propres idées en matière d'équité, de crédit public, de respect dû à la majesté des lois, de moralité nécessaire dans les transactions privées. Les théories de la cause et de la condition, de l'acte gratuit et de l'acte onéreux enserraient ses pouvoirs dans des limites trop strictes. Il s'en est débarrassé, en confondant la cause et les motifs, la cause et la condition, l'acte gratuit et l'acte onéreux. Ce sont là, autant de procédés contraires à la loi. Mais ce qui est le plus regrettable, c'est que leur application se trouve quelquefois conduite avec maladresse. C'est ainsi que, en matière de donations à enfants illégitimes avec indication d'un motif illicite, la jurisprudence, qui annule la libéralité, pour punir l'irrespect du père vis-à-vis de la loi, aboutit à consacrer une iniquité au préjudice de l'enfant. De même, les hésitations manifestées par les tribunaux pour adopter un système quelconque d'annulation des donations entre concubins, sanction que la moralité a semblé imposer, sont contraires au crédit public, en ce qu'elles sont de nature à décourager les transactions privées.

En définitive, qu'il s'agisse pour les tribunaux de fixer la conception des bonnes mœurs et, éventuellement, de l'ordre public, conformément aux pouvoirs qui leur sont attribués par la loi, ou que ceux-ci étendent, au nom de l'ordre public et des bonnes mœurs, le champ d'exercice de leurs pouvoirs, le danger, dans les deux cas, est le même : c'est l'arbitraire du juge.

Aboutissons-nous à une conclusion différente, en ce qui concerne le droit allemand ? Nous n'osons l'espérer. Arbitraire, avons-nous dit, est le système du nouveau Code Civil, qui substitue à la théorie de la cause le critérium trop peu concret, quoi qu'on en ait dit, de la conception des usages en matière de moralité juridique. On peut seulement consigner que cet arbitraire est légal. C'est le seul avantage qu'il possède sur celui de notre jurisprudence.

Cette différence même disparaît en ce qui concerne la conception des bonnes mœurs. A cet égard, le droit allemand ne réalise pas un système différent du nôtre (1), et l'on se souvient que les règles d'interprétation que nous avons cru devoir proposer, à ce nouveau point de vue, au juge français, n'étaient que le développement rationnel des principes du

(1) Il convient d'observer, toutefois, que la conception allemande des bonnes mœurs est plus étendue que celle du droit français, en ce sens qu'elle comprend non seulement la moralité privée, mais encore la moralité publique : à ce point de vue, elle embrasse la conception de l'ordre public, dont la mention même a disparu dans l'art. 138 du nouveau C. Civ. (V. sur les causes et la portée de cette suppression ce que nous avons dit plus haut, p. 160). Mais cela n'affecte en rien la nature de la conception qui demeure la même.

nouveau Code Civil allemand. Dans les deux législations, le danger est donc encore identique : l'arbitraire du juge.

II. — Mais le Code Civil allemand prend sa revanche à propos de l'application faite par l'article 138 de la conception des bonnes mœurs aux contrats léonins. Ce texte prononce expressément la nullité du contrat par lequel quelqu'un exploite la légèreté, la faiblesse, les besoins d'autrui. La réforme a une portée sérieuse et réalise sur le droit français un avantage appréciable. C'est ainsi, par exemple, que l'art. 138 C. Civ. allemand permettra de faire prononcer la nullité des ventes à tempérament réalisant une exploitation immorale de l'acheteur, que notre droit français est obligé de respecter.

Est-ce à dire que cette disposition est parfaite, et que le juge pourra, en matière de contrats, assurer dans tous les cas, grâce à elle, le triomphe des idées d'équité, de moralité, de justice ? Non, certes, et la portée du nouvel article 138 C. Civ. n'est pas aussi considérable qu'on pourrait être tenté de le croire au premier abord. Il n'est pas vrai, en dépit de l'affirmation contraire des représentants des gouvernements au Reichstag, que la conception des bonnes mœurs puisse suffire à sauvegarder, au même titre que l'ordre privé, des principes, que l'on pourrait considérer comme essentiels, de l'ordre social. La preuve en est, comme le parti social-démocrate l'a fait justement observer, qu'un texte a été nécessaire pour permettre d'annuler les contrats d'usure, pour lesquels on craignait les hésitations du juge. C'est donc que le point de vue des bonnes mœurs n'était

pas aussi large, aussi compréhensif qu'on avait essayer de le faire croire aux socialistes. Le nouvel art. 138 C. Civ. laisse en dehors du cas particulier d'usure, produire effet à une foule de contrats tolérés par la conception juridique des « bonnes mœurs », quoique contraires à certains principes sociaux ou politiques. La conception de l'ordre public, définie par la loi, eût seule permis d'annuler ces sortes de contrats. On sait pour quelles raisons, d'ordre politique, la mention de l'ordre public fut supprimée. Cette suppression ôtait à la réforme toute portée véritablement sociale. Mais, même dans ce sens restrictif, il ne faut pas exagérer. L'application de l'art. 138 aux contrats d'usure est à noter. Elle réalise un avantage appréciable.

On remarquera aussi le caractère transactionnel du nouvel article 138. Il supprime la mention de l'ordre public, pour éviter que les socialistes ne puissent s'en servir pour l'application de leurs doctrines, mais il prononce la nullité du contrat léonin, dans l'impossibilité de refuser toute satisfaction à ce parti.

Ainsi, le nouvel art. 138 C. Civ. marque une étape législative intéressante de la marche du droit vers l'extinction de l'autonomie individuelle, dans l'intérêt d'une justice sociale meilleure.

Du reste, ce point de vue n'est pas le seul auquel le droit allemand puisse nous offrir un champ d'études profitables et peut-être nous donner une leçon. L'idée d'utilité sociale, dont la théorie de la déclaration de volonté suppose le principe, est de nature à servir également au juge, au législateur français. Nous avons vu précédemment que le principe de

l'autonomie de la volonté, établi par la théorie classique comme l'unique base de l'interprétation judiciaire, peut conduire à des résultats absurdes, principalement en matière de contrats à titre onéreux, lorsqu'il oblige le juge à sanctionner un accord que les parties n'ont pas voulu, ni même prévu. Dans ce cas, il nous paraît que l'idée d'utilité sociale pourrait être heureusement substituée à celle de l'autonomie de la volonté individuelle. Le juge déciderait donc, non d'après ce que les parties ont voulu au moment du contrat, — puisqu'il est démontré, par hypothèse, qu'elles n'ont rien voulu, — mais d'après ce qu'elles auraient dû vouloir, en admettant que l'on pose comme but final à leur accord, un but conforme à l'utilité sociale. C'est dire que, dans ce cas, l'idée d'utilité sociale doit l'emporter : on règlera le différend par l'équité, qui est, en définitive, le moyen de réaliser le moindre mal (1).

(1) Des décisions récentes ont essayé, en France, d'appliquer ce système. Plusieurs, mais non pas toutes, émanaient du tribunal de Château-Thierry.

CONCLUSION

DE L'ARBITRAIRE DU JUGE. ESSAI DE FIXATION DE RÈGLES

Nous avons fréquemment, au cours de notre comparaison de la conception des pouvoirs du juge en France et en Allemagne, prononcé le mot d'arbitraire. Il y a là un danger (1), qu'il importe de limiter (2).

(1) Il ne faut pas toutefois exagérer ce danger. L'évolution du droit de la période moderne nous montre au contraire le progrès juridique de plus en plus lié à l'extension du pouvoir d'appréciation individuelle du juge. Ceci s'applique non seulement à la matière des contrats, mais à tout le droit privé, et même au droit pénal. C'est ainsi que nous avons vu, en droit privé, la théorie des dommages-intérêts recevoir une application sans cesse plus étendue, du fait de la loi, qui augmente les causes d'indemnité (loi du 21 déc. 1890-modif. art. 1780 C. Civ., loi du 9 avril 1898, etc.) et du fait des magistrats, qui en apprécient avec plus de finesse les raisons : c'est ainsi que le préjudice moral leur paraît aujourd'hui, au même titre que le préjudice matériel, mériter une réparation. (Suppl. Théorie de l'abus du droit). Une évolution semblable se produit en droit pénal : la loi augmente le pouvoir subjectif individuel du juge : à la multiplicité des peines, à leur divisibilité, qui permettent de mieux approprier et proportionner le châtimant à la faute, elle a joint la théorie des circonstances atténuantes, la loi de sursis ; nous attendons la loi de pardon ; le juge, de son côté, agrandit son propre rôle : usage de plus en plus fréquent de la mise en liberté provisoire, correctionnalisation, etc. C'est le triomphe du subjectivisme. Et cependant le progrès du droit est incontestable.

(2) « Dans un pays profondément divisé, où coexistent des notions si différentes du devoir, de l'honneur, de la justice, l'arbitraire des tribunaux serait très impatiemment supporté, provoquerait un sentiment de révolte, troublerait et détruirait le sentiment du droit. (CHARMONT, *Revue de métaphysique et de morale*,

M. Saleilles (1) a essayé de fixer des règles précises à cet arbitraire du juge.

Le savant auteur pose en principe que le juge doit accepter à la base de ses méthodes d'interprétation l'idée et la conviction « qu'il y a une justice individuelle objectivement existante et qui doit se concilier avec la justice sociale dont la loi est pour lui l'expression impérative ; que, par suite, s'il a le droit d'orienter l'interprétation évolutive de la loi, en dehors de ses termes formels, il doit prendre pour guide cette conviction absolue de l'idée de justice dans son adaptation aux exigences de l'ordre social. » Mais l'auteur ajoute que, pour éviter les dangers de ce que l'on a appelé, non sans quelque ironie, « l'équité judiciaire », « le juge n'a le droit de faire application concrète des idées de justice absolue que puisse lui suggérer un idéal de droit naturel abstrait que si ces conceptions ont déjà trouvé une objectivité extérieure à lui et susceptible d'impératif juridique. »

Mais où trouver ces règles objectives extérieures, ces « réalisations objectives de droit naturel » ?

1903, « La socialisation du droit. ») — Nous n'insisterons pas sur la nécessité de réprimer cet arbitraire (qui réalise la confusion fâcheuse du pouvoir judiciaire et du pouvoir législatif (Cpr. MONTESQUIEU, « Esprit des lois, » livre XI, chap. VI). Il est déconcertant de voir tous les jours la loi remise en question devant les tribunaux. C'est ce qui se produit, notamment, relativement à la faculté de convertir la séparation de corps en divorce, accordée au juge (art. 310 C. Civ.) : les tribunaux accordent ou refusent la conversion, suivant qu'ils sont ou non favorables au divorce. Ce résultat n'est pas plus déplorable que ceux que nous avons déjà eu l'occasion de signaler.

(1) SALEILLES, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 80, sur « L'Ecole historique et le droit naturel. »

M. Saleilles leur assigne trois sources différentes : l'analogie législative, la conscience juridique collective, les méthodes du droit comparé.

1^o *L'analogie législative.* — Si le juge trouve, dit-il, dans la volonté du législateur, dans tel cas particulier, la justification de la conception de justice qu'il peut avoir relativement à telle autre hypothèse sur laquelle il est appelé à juger, cela doit le confirmer dans sa conception.

2^o *La conscience juridique collective* — peut fournir, à défaut de l'analogie législative, le principe nouveau de justice idéale. C'est le point de vue que consacre l'article 138 du nouveau C. Civ. allemand.

3^o *Les méthodes du droit comparé.* — « Lorsque, écrit M. Saleilles, on rencontre dans un domaine de réalisation législative et de fonctionnement pratique le même idéal formulé en dispositions de lois, et que ces dernières ont pu fournir leurs résultats et faire preuve de plasticité technique, cette fois le juge a devant lui la manifestation objective du système dont la conception de justice empruntée à son milieu national lui demande d'être l'interprète et l'organe. »

Nous ne doutons pas que les procédés préconisés par M. Saleilles soient, dans certaines circonstances, un précieux secours pour le juge. Mais il semble qu'il y aurait une certaine part de naïveté à croire qu'ils suffiront à rejeter par dessus bord le côté psychologique du droit. En effet, comme le savant auteur le reconnaît du reste, l'analogie légis-

lative est une ressource assez rare. D'autre part, le critérium de la conscience juridique collective du pays est, comme nous avons essayé de le démontrer, vague, flottant, indécis, et déguise assez mal l'arbitraire. Quant aux méthodes du droit comparé que M. Saleilles préconise comme le procédé d'interprétation le plus sûr, il faut n'en user qu'avec la plus grande réserve. Un « mouvement doctrinal ayant son point de départ dans une législation étrangère », ou même l'exemple des législations voisines, sont peut-être un guide suffisant pour la doctrine et le législateur. C'est que tous deux peuvent légalement, sinon sans danger, réaliser l'arbitraire. Mais cette arme doit être refusée au juge, à qui l'on ne saurait trop recommander de faire preuve de sagesse, de modération et de prudence. Si les tribunaux s'avisent ainsi d'importer chez nous, du jour au lendemain, la doctrine de l'art. 138 du nouveau C. civ. allemand, par exemple, en matière de contrats léonins, il n'y a nul doute qu'une semblable innovation bouleversât profondément les habitudes privées, au grand détriment de la sécurité des transactions et du crédit public.

Aussi bien, le législateur français, tout en augmentant, à l'exemple du droit allemand, le champ d'investigation des pouvoirs du juge, s'efforce-t-il de limiter l'arbitraire auquel ce système conduit. De cette tendance, nous citerons deux exemples : 1^o La loi du 27 décembre 1890, qui a modifié l'art. 1780 C. Civ. et autorisé le juge à allouer des dommages-intérêts à la partie victime d'une rupture injustifiée du contrat de travail, s'applique à restreindre les

pouvoirs du juge, en déterminant limitativement et avec un soin infini les bases de l'indemnité. (1) Même observation sur la loi du 18 juillet 1901, qui renvoie sur ce point à la précédente. 2° La loi du 9 avril 1898, sur les accidents du travail, manifeste une tendance automatique forfaitaire, tant au point de vue du calcul de l'indemnité qu'à celui des causes du dommage. Il est impossible de ne pas voir là une preuve de méfiance vis-à-vis du juge. (2)

« Il n'est pas cependant défendu d'espérer qu'une meilleure organisation judiciaire, mieux adaptée à notre état social, pourra donner à la fois plus de garantie aux justiciables, plus d'initiative et de liberté aux tribunaux. » (3)

(1) Voir p. 77.

(2) V. LÉON MICHEL : « La Responsabilité des patrons... », *Revue Critique*, 1901, p. 593 et 1902, p. 22.

(3) CHARMONT, op. cit. M. TISSIER (*Revue bourguignonne*, Compte-rendu de l'ouvrage de Saleilles sur la « Déclaration de volonté », 1903, p. 187), conclut également à une réforme de l'organisation judiciaire et de la procédure. Quant à espérer que le procédé de l'arbitrage pourrait permettre de réaliser cette forme en dehors des tribunaux, la sévérité de notre jurisprudence en matière de clause compromissoire interdit d'y songer de si tôt. (V. art. 1003 et 1028 C. Pr. Civ. : Cass. req. 7 mars 1888. S. 88, 1, 296 et S. 94, 1, 215. Cpr. C. Cass. Belgique, 17 février 1889, D. 89, 2, 168).

Vu : Le Président de la thèse,

A. CHAUSSE.

Montpellier, le 16 mars 1904.

Le Doyen de la Faculté de Droit,

VIGIÉ.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Montpellier, le 16 mars 1904.

Le Recteur,

ANT. BENOIST.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	9

PREMIÈRE PARTIE

LE SYSTÈME DU CODE CIVIL

CHAPITRE I ^{er} . — <i>Du principe de l'autonomie de la volonté et de ses restrictions</i>	15
SECTION I. — Position de la question en général	17
Elimination : 1 ^o du respect de la liberté d'autrui	17
— 2 ^o de la prohibition de la loi	18
— 3 ^o du respect de l'intérêt des tiers	19
SECTION II. — Conception de l'ordre public et des bonnes mœurs	21
Faut-il distinguer l'ordre public et les bonnes mœurs	21
§ 1. — De l'ordre public	23
I. — Recherches infructueuses d'un critérium absolu	23
Première observation	25
Deuxième observation	26
II. — Caractères de l'ordre public et règles d'interprétation qui en découlent	26
1 ^o Caractère exceptionnel de l'ordre public	27
2 ^o Dualisme de l'ordre public	28
3 ^o Caractère actuel de l'ordre public	31

III. — Quelles sont les principales lois d'ordre public.....	32
1° Etat et capacité des personnes	33
2° Organisation de la propriété	33
3° Protection des tiers.....	34
§ 2. — Des bonnes mœurs.....	34
Conception des bonnes mœurs.....	36
CHAPITRE II. — <i>Critique de la théorie du Code Civil</i>	40
SECTION I. — Critique du principe de l'autonomie de la volonté	40
SECTION II. — Portée du principe.....	43
A) Conséquences inconciliables avec la volonté réelle des parties.....	43
B) Conséquences contraires à la volonté certaine des parties.....	45
SECTION III. — Conséquences pratiques de la théorie classique de l'autonomie de la volonté.....	46
I. — Conséquences quant à la validité des conventions	46
a) L'objet de la convention est une chose	46
b) L'objet de la convention est un fait	47
II. — Conséquences quant à l'interprétation des conventions.	48
SECTION IV. — Critique du système du Code Civil relativement aux restrictions apportées à l'autonomie individuelle	50
I. — Conception	50
a) Vague et arbitraire.....	50
b) Etroitesse	52
II. — Délimitation	54
a) Théorie de la cause.....	55
b) Théorie de la condition.....	56
c) Distinction de l'acte à titre gratuit et à titre onéreux...	56

DEUXIÈME PARTIE

ACTION DES LOIS POSTÉRIEURES

CHAPITRE I ^{er} . — <i>Protection des débiteurs.</i> (Loi du 3 sept. 1807, sur le taux de l'intérêt. Loi sur la prorogation des échéances, 1870-71)	57
CHAPITRE II. — <i>Louage de travail.</i> (Lois du 19 mai 1874, du 2 nov. 1892, du 30 mars 1900, etc.).....	63
I. — Réglementation du travail dans l'industrie.....	65
1° Restrictions relatives à l'âge et au sexe	65
2° Durée du travail dans les manufactures et usines....	68
3° Hygiène et sécurité des travailleurs dans les établissements industriels.....	69

II. — Des salaires	70
a) Insaisissabilité partielle (Loi du 12 janvier 1895)	70
b) Prohibition du système de la compensation, <i>ibid.</i> , art. 4	71
III. — Des résiliations et congés	72
1° Loi du 27 décembre 1890 (nouvel art. 1780, C. Civ.)	73
La jurisprudence relative à cette loi	75
2° Loi du 18 juillet 1901	78
IV. — Des accidents du travail	80
(Lois des 9 avril 1898 et 22 mars 1902)	80
V. — Du marchandage	86
CHAPITRE III. — <i>Protection de la petite épargne</i>	88

TROISIÈME PARTIE

ACTION DE LA JURISPRUDENCE

CHAPITRE I ^{er} . — <i>Cas d'application non controversée du système du Code Civil</i>	93
1° Contre-lettres en matière de cessions d'offices ministériels	94
2° Mise en société d'offices ministériels	97
3° Contrats d'accaparement	99
4° Contrats restrictifs de la liberté du commerce et de l'industrie	102
5° Condition de viduité	104
6° Promesses de crédit politique	106
7° Conditions relatives aux successions	107
8° Conditions d'inaliénabilité	108
9° Clause commissaire	109
CHAPITRE II. — <i>Procédés employés par la jurisprudence pour étendre les pouvoirs d'investigation du juge</i>	111
SECTION I. — Confusion de la cause et des motifs	111
§ 1. — Dans les actes à titre onéreux	111
1° Courtage matrimonial	112
2° Contrat de claqué	114
3° Contrats relatifs à des établissements immoraux	116
4° Effets de complaisance	119
§ 2. — Dans les actes à titre gratuit	125
Des libéralités faites à enfants illégitimes avec indication d'un motif illicite	125
a) Enfants naturels simples	126
b) Enfants adultérins et incestueux	129

SECTION II. — Confusion de la cause et de la condition. (Théorie de la cause impulsive et déterminante).....	131
SECTION III. — Confusion de l'acte à titre gratuit et de l'acte à titre onéreux. (Donations entre concubins)	140

QUATRIÈME PARTIE

LE CODE CIVIL ALLEMAND

CHAPITRE I ^{er} . — Théorie de la déclaration de volonté.....	151
SECTION I. — Limitations résultant des pouvoirs d'interprétation du juge.	153
Critique	156
SECTION II. — Limitations résultant des pouvoirs de prohibition du juge, au nom de l'ordre public et des bonnes mœurs.	158
I. — Délimitation	158
II. — Conception	161
III. — Critique.....	162
CHAPITRE II. — Comparaison des pouvoirs du juge en France et en Allemagne. (Résumé)	164

CONCLUSION

De l'arbitraire du juge. (Essai de fixation de règles)	171
TABLE DES MATIÈRES.....	177



